

## ŠUTNJA I KONKLUDENTNE RADNJE U OBVEZNIM ODNOSIMA

Doc. dr. sc. Petar Miladin \*

UDK 347.441.142.3

Izvorni znanstveni rad

Primljeno: travanj 2008.

*Raspravlja se o tumačenju šutnje i konkludentnih radnji u obveznim odnosima. Usprkos tome što šutnja nije prihvata, ona u pojedinim slučajevima nameće i odgovornost za ispunjenje. Na to upućuje izričita odredba čl. 265. ZOO. Treba objasniti kako do toga dolazi. Odredba čl. 3. posljednje novele Zakona o obveznim odnosima (NN 41/2008) pozdravlja se kao dobrodošlo pojašnjenje odredbe čl. 265. st. 4. ZOO. Kritizira se donedavno vladajuće stajalište po kojem je svaka osoba u čiju poslovnu djelatnost spada obavljanje tuđih naloga dužna obaviti svaki dobiveni nalog ako ga nije odmah odbila. Da bi se šutnja tada mogla pribrojiti ponuđenome, potrebno je jače uporište pa se stoga kao dodatna pretpostavka nameće i poslovna veza između ponuditelja i ponuđenoga. Raspravlja se i o drugim slučajevima koji spadaju u posredno područje primjene odredbe čl. 265. ZOO u kojima šutnju treba pribrojiti ponuđenome usprkos tome što ona nije čin poslovnopravnog očitovanja volje. Posebno se raščlanjuje institut pisane potvrde koji je poniknuo u trgovačkom pravu, ali je danas pod utjecajem trenda komercijalizacije obveznog prava snažno prodro i u tradicionalno građansko pravo. U učenju o odgovornosti zbog stvaranja pravnog privida nudi se uporište za tvrdnju po kojoj šutnja na pisanu potvrdu može nametnuti odgovornost za ispunjenje.*

*Ključne riječi: šutnja, konkludentne radnje, institut pisane potvrde, odgovornost zbog stvaranja pravnog privida, pribrojlivost*

### I. UVOD

Ugovor je sklopljen kad ugovorne strane suglase svoje volje (čl. 247. ZOO). Ponuda i prihvata moraju se susresti da bi došlo do sklapanja ugovora. Pozi-

---

\* Dr. sc. Petar Miladin, docent Pravnog fakulteta Sveučilišta u Zagrebu, Trg maršala Tita 14, Zagreb

tivnopravno nije moguće braniti tezu da je šutnja očitovanje volje. O tome nema dvojbe u bogatoj domaćoj i poredbenoj pravnoj književnosti.<sup>1</sup> Šutnja na

<sup>1</sup> Za domaće pravo v. Barbić, J., Konkludentne radnje i šutnja ponudenoga kao prihvata ponude, Informator br. 3025/1983, str. 5-6; Barbić, J., Sklapanje ugovora po Zakonu o obveznim odnosima, Zagreb, 1980, str. 77-84; Goldštajn, A., Trgovačko ugovorno pravo, 4, izmijenjeno izdanje, Zagreb, 1991; Gorenc, V., u: Gorenc, V. (ured.), Komentar Zakona o obveznim odnosima, Zagreb, 2005; Klarić, P./Vedriš, M., Građansko pravo, 9, izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Zagreb, 2006; Perović, S./Stojanović, D., Komentar Zakona o obligacionim odnosima, Knjiga prva, Novi sad, 1980.

Za njemačko pravo v. Baumbach, A./Hopt, K.J., Handelsgesetzbuch, 31, izmijenjeno i dopunjeno izdanje, München, 2003; Canaris, C.W., Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, München, 1970, § 19; Canaris, C.W., Schweigen im Rechtsverkehr als Verpflichtungsgrund, Festschrift für Wilburg, 1975, str. 77-99; Canaris, C.W., Handelsrecht, 24, potpuno doradeno izdanje, München, 2006, § 23; Canaris, C.W., u: Canaris, C.W./Schilling, W./Ulmer, P., Staub Grosskommentar zum Handelsgesetzbuch, 4. izdanje, 1983, Berlin; Diederichsen, U., Der "Vertragsschluss" durch kfm. Bestätigungsschreiben, JuS, 1966, str. 129; Ebenroth, C.T., Das kaufmännische Bestätigungsschreiben im internationalen Handelsverkehr, ZVglRW 1978, str. 161-206; Eckert, H.-W., u: Boujong, K./Ebenroth, C.T./Joost, D. (ured.), Handelsgesetzbuch Band 2, §§ 343-475h, München, 2001, § 362; Hefermehl, W., u: Gessler, E./Hefermehl, W./Hildebrandt/Schröder, G. (ured.), Handelsgesetzbuch, Band IV, §§ 343-372, 5, izmijenjeno izdanje, München, 1976, § 346 i § 362; Hopt, K.J., Nichtvertragliche Haftung ausserhalb von Schadens- und Bereicherungsausgleich - Zur Theorie und Dogmatik des Berufsrechts und der Berufshaftung, AcP 183 (1983), str. 608-718; Hopt, K.J., Handels- und Gesellschaftsrecht, Band I Handelsrecht, 2. izdanje, München, 1999, RdN 516-585; Horn, N., u: Horn, N. (ured.), Heymann Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band 4 Viertes Buch, §§ 343-475h, 2, izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Berlin, 2005, § 346 i § 362; Huber, U., Wandlungen im Recht des Handelskaufs, ZHR 161 (1997), str. 160-185; Flume, W., Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts Zweiter Band Das Rechtsgeschäft, 4. nepromijenjeno izdanje, Berlin, 1992, § 35 II 4 i § 36; Kindl, A., Rechtsscheintatbestände und ihre rückwirkende Beseitigung, München, 1999; Kort, M., u: Boujong, K./Ebenroth, C.T./Joost, D. (ured.), Handelsgesetzbuch Band 2, §§ 343-475h, München, 2001, § 346; Koller, I., u: Canaris, C.W./Schilling, W./Ulmer, P. (ured.), HGB Staub Grosskommentar, 4, izmijenjeno izdanje, 2001, Berlin/New York, § 346; Kramer, E. A., § 151, u: Säcker, F. J. (ured.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 5. izdanje, München, 2006; Kuchinke, Zur Dogmatik des Bestätigungsschreibens, JZ 1965, str. 167; Larenz, K./Wolf, M., Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9, izmijenjeno i dopunjeno izdanje, München, 2004; Petersen, J., Schweigen im Rechtsverkehr, Jura, 2003, str. 687; Schmidt, K., Bedeutung des Schweigens im Handelsverkehr, u: Schmidt, K. (ured.), Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch Band 5 Viertes Buch. Handelsgeschäfte Erster Abschnitt. Allgemeine Vorschriften, §§ 342-372, § 346. RdN 130-170a; Schmidt, K., Handelsrecht, 5,

dobivenu ponudu nije ni prihvata ni odbijanje stavljene ponude. U trgovačkom i u građanskom prometu šutnji se ne pridaje značaj očitovanja volje. Odredba čl. 265. st. 1. ZOO po kojoj šutnja ponuđenoga nije prihvata ponude ne daje argumente po kojima bi se šutnja općenito smatrala odbijanjem ponude.

ZOO u pojedinim slučajevima propisuje da se šutnja smatra prihvatom, a u drugim pak slučajevima propisuje da se šutnja smatra odbijanjem. Najvažnija skupina slučajeva u kojima se šutnju smatra prihvatom obuhvaćena je odredbom čl. 265. ZOO. Posrijedi je neoboriva zakonska predmnjeva na temelju koje ZOO fingira očitovanje volje.<sup>2</sup> Nije riječ o usamljenom primjeru. Jednako se tumači i obdarenikova šutnja ako je primio pokretnu stvar prije nego što se očitovao da prihvaća dar.<sup>3</sup> I komitent je vezan poslom koji je komisionar sklopio pod nepovoljnijim uvjetima od onih određenih ugovorom o komisiji ako bez odgađanja ne uskrati prihvata sklopljenog posla i o tome odmah ne obavijesti komisionara.<sup>4</sup>

Odredbe čl. 278. st. 2. i čl. 96. st. 4. ZOO imaju pak suprotan *ratio legis* po kojem se šutnja smatra uskraćivanjem poslovnopravne suglasnosti.<sup>5</sup> Suugovaratelj poslovno nesposobne osobe koji je sklopio ugovor s njom bez odobrenja zakonskog zastupnika može pozvati zakonskog zastupnika da se očituje odobrava li taj ugovor. Ako se zakonski zastupnik ne očituje u roku trideset dana od toga poziva da ugovor odobrava, smatrat će se da je odbio dati odobrenje. Slično je i sa suglasnošću ovlaštenih organa odnosno članova pravnih osoba.<sup>6</sup> Prema čl.

---

izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Köln/Berlin/Bonn/München, 1999, § 19; Schmidt, K., Die Praxis zum sog. kaufmännischen Bestätigungsschreiben; ein Zankapfel der Vertragsrechtsdogmatik, u: Festschrift für Heinrich Honsell, Zürich, 2002, str. 99; Welter, R., u: Schmidt, K. (ured.), Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch Band 5 Viertes Buch. Handelsgeschäfte Erster Abschnitt. Allgemeine Vorschriften § 362.

Za međunarodno trgovačko pravo v. Kröll, S./Hennecke, R., Kaufmännische Bestätigungsschreiben beim internationalen Warenkauf, RabelsZ Bd 67 (2003), str. 448-493.

Za austrijsko pravo v. Bydlinski, F., Die Entmythologisierung des "kaufmännischen Bestätigungsschreibens" im österreichischen Recht, u: Jakobs, H.H./Knobbe-Keuk, B./Picker, E./Wilhelm, J. (ured.), Festschrift für Werner Flume, Köln, 1978, str. 335-357; Bydlinski, F., Privatautonomie und objektive Grundlage des verpflichtenden Rechtsgeschäfts, 1967, str. 194 i nadalje; Krejci, H., Handelsrecht, Wien, 2005, str. 238-240.

<sup>2</sup> Tako glede odgovarajuće odredbe § 362. HGB Welter, R., op. cit. u bilj. 1, RdN 2.

<sup>3</sup> V. čl. 481. ZOO.

<sup>4</sup> V. čl. 787. st. 2. ZOO.

<sup>5</sup> Usporedi s odgovarajućom odredbom § 108. st. 2. reč. 2. BGB i § 177. st. 2. BGB.

<sup>6</sup> V. čl. 275. st. 2. ZOO.

96. st. 4. ZOO, ugovaratelji preuzimanja duga, a i svaki od njih napose, mogu pozvati vjerovnika da se u određenom roku očituje pristaje li na preuzimanje duga, pa ako se vjerovnik u određenom roku ne očituje, smatra se da nije dao svoj pristanak. Po toj odredbi također se predmnijeva da je šutnja očitovanje volje samo u obrnutom smjeru, ne kao prihvatanje, nego kao odbijanje.

Takav kazuistički pristup potvrđuje da ZOO-u, barem formalno, nedostaje opće pravilo po kojem se šutnja općenito smatra prihvatom. Ta formalna nedorečenost ZOO-a može dati povoda raznim spekulacijama o općenitom položaju šutnje u obveznim odnosima. Ima pokušaja da se svaka šutnja ponuđenoga smatra prihvatom ako je ponuđeni sukladno načelu savjesnosti i poštenja dužan otkloniti dobivenu ponudu.<sup>7</sup> To pravilo zavrjeđuje kritiku jer zbog svoje paušalnosti dopušta suviše proizvoljno tumačenje učinaka šutnje u obveznim odnosima.<sup>8</sup>

Točno je, međutim, da ponajprije trgovačko pravo poznaje tipizirane skupine slučajeva u kojima šutnju treba smatrati prihvatom. Tada se ponuđeni mora jasno usprotiviti ponudi ako je ne želi prihvatiti. Pribrojavost šutnje ponuđenome zasniva se na primjeni trgovačkih običaja. Temelj za primjenu trgovačkih običaja daje odredba čl. 12. ZOO. Odredba čl. 265. ZOO također je ponikla u autonomnom trgovačkom pravu pa je pod utjecajem komercijalizacije obveznih odnosa pretočena u izričitu zakonsku odredbu koja se primjenjuje na sve sudionike obveznih odnosa. Danas smo suočeni i s tendencijama po kojima sudska praksa sve učestalije nadomješta ulogu koju su prije imali trgovački običaji.<sup>9</sup> Suci sami uobličuju određena imperativna objektivna pravila po kojima su posebice poduzetnici dužni postupati u pravnom i poslovnom prometu, a pri tome se često samo formalno pozivaju na odredbu čl. 265. ZOO. Institut pisane potvrde jedan je od ključnih primjera tog trenda. Suci sve manje trebaju trgovačke običaje kao izvor prava. Pogrešan bi bio dojam da suci više ne trebaju nikakvu pomoć prilikom tumačenja šutnje u obveznim odnosima. Na tom su tragu i pokušaji da se obveznopravni učinci šutnje tumače po pravilima o odgovornosti zbog stvaranja pravnog privida.

<sup>7</sup> Tako sa stajališta njemačkog prava koje je glede pozitivnog pravnog položaja šutnje blisko hrvatskom pravu Hefermehl, W., op. cit. u bilj. 1, § 346, Rbr. 100. Do 24. izdanja tako i Baumbach/Duden, Handelsgesetzbuch, § 346, Rbr. 4.

<sup>8</sup> U tom smjeru v. Flume, W., op. cit. u bilj. 1, § 35 II 4; Canaris, C.W., Vertrauenshaftung, op. cit. u bilj. 1, str. 226; Schmidt, K., op. cit. u bilj. 1, § 19 II 1.

<sup>9</sup> V. Schmidt, K., op. cit. u bilj. 1, § 19 II 1.

Pravni temelj odgovornosti s naslova čl. 265. ZOO također u konačnici počiva na odgovornosti zbog stvaranja pravnog privida. Nastoji se što je moguće preciznije uobličiti pravila na kojima počiva primjena instituta pisane potvrde.

## II. RAZGRANIČENJE IZMEĐU ŠUTNJE I PREŠUTNOG, KONKLUDENTNOG SKLAPANJA UGOVORA

Šutnju i konkludentne radnje treba strogo razgraničiti. Šutnja nije izjava volje, a konkludentna radnja jest.<sup>10</sup> Volja za sklapanje ugovora ne mora se izjaviti riječima, može se izjaviti i konkludentnim radnjama odnosno uobičajenim znakovima<sup>11</sup> i drugim ponašanjem iz kojega se sa sigurnošću može zaključiti o njezinu postojanju, sadržaju i identitetu osobe koja na taj način očituje svoju poslovnopravnu volju.<sup>12</sup> Tumačeći činjenja, propuštanja ili trpljenja ponuđenoga moguće je zaključiti da su strane prešutno sklopile ugovor. Radnja ponuđenoga mora nedvojbeno upućivati na to da je on očitovao svoju volju o tome da prihvati ponudu. Posebno se propisuje da je ponuda prihvaćena kad ponuđeni pošalje stvar ili plati cijenu.<sup>13</sup> Među konkludentne radnje treba ubrojiti, primjerice, vraćanje zadužnice i primanje kamata za sljedeću godinu kao znak daljnjeg kreditiranja.<sup>14</sup> Pri tome su općenito uzevši odlučne odredbe ponude, praksa utvrđena među stranama, običaji, okolnosti pojedinog slučaja i shvaćanja pravnog i poslovnog prometa.<sup>15</sup>

Budući da je odredba čl. 262. st. 1. ZOO dispozitivna, strane unaprijed mogu ugovoriti da će šutnju na dobivenu ponudu smatrati prihvatom, a zaključak o tome može se konkludentno nametnuti i na temelju njihove ustaljene poslovne

<sup>10</sup> Goldštajn, A., op. cit. u bilj. 1, str. 275 i 276, govori o konkludentnim radnjama i sa stajališta razgraničenja između neposrednog i posrednog očitovanja volje, ali zaključuje da je bolje govoriti o izričitom i prešutnom očitovanju volje. Njegova analiza ograničena je na izlaganje stajališta njemačkog prava.

<sup>11</sup> Primjerice kimanjem glave, davanjem ruke u znak prihvata, udaranjem čekićem kod aukcije. Primjere daje Goldštajn, A., op. cit. u bilj. 1, str. 275.

<sup>12</sup> V. čl. 249. st. 1. ZOO.

<sup>13</sup> V. čl. 262. st. 2. ZOO.

<sup>14</sup> Tako Goldštajn, A., op. cit. u bilj. 1, str. 275.

<sup>15</sup> V. čl. 262. st. 2. ZOO.

prakse.<sup>16</sup> I sama šutnja može, dakle, biti konkludentna radnja. Nema razloga da se danas kao opći trgovački običaji u tom pogledu ne primijene slučajevi koji su bili obuhvaćeni klauzulom broj 34. Općih uzanci za promet robom.<sup>17</sup> ZOO uostalom izričito preuzima rješenje sadržano u klauzuli broj 34. Općih uzanci za promet robom u dijelu koji se tiče kupnje na pokus.<sup>18</sup> Ako je stvar predana kupcu da bi je isprobao do određenog roka, a on je ne vrati bez odgađanja nakon isteka tog roka, ili ne izjavi prodavatelju da odustaje od ugovora, smatra se da je ostao pri ugovoru.<sup>19</sup> Općenito uzevši, počne li ponuđeni s nekom od radnji ispunjenja ugovora, koja se takvom može smatrati glede uvjeta stavljenih u ponudi ili njihove dotadašnje poslovne prakse, smatrat će se da je ponuđeni time izjavio svoj prihvata.<sup>20</sup> Bitno je konkludentnu radnju učiniti tako da ima karakter očitovanja volje usmjerenog prema ponuditelju.<sup>21</sup>

Da bi se šutnji odreklo značenje prihvata, potrebno je da se ponuđeni općenito drži pasivno prema ponudi. U sumnji treba uzeti da ponuđeni nije prihvatio ponudu.<sup>22</sup> Puka šutnja jedne od strana ne proizvodi dakle pravne

<sup>16</sup> Welter, R., op. cit. u bilj. 1, § 362, RdN 3, preširoko govori o poslovnoj vezi među stranama.

<sup>17</sup> Tako Barbić, J., op. cit. u bilj. 1, str. 5, glede odgovarajućeg odnosa između ZOO-a iz 1978. i klauzule broj 34. Općih uzanci za promet robom. Kao slučajeve prešutnog sklapanja ugovora uzanca broj 34. navodi, primjerice: Kad jedna strana u svoje ime i za svoj račun raspolaže robom koju je primila od druge strane, smatra se da je sklopljen ugovor o kupoprodaji ako ponuđeni nije znao da je bila poslana radi neke druge svrhe, Kad jedna strana preda drugoj dokumente na temelju kojih može raspolagati robom, a druga strana te dokumente primi, smatra se da je sklopljen ugovor o kupoprodaji ako ponuđeni nije znao da su dokumenti predani radi neke druge svrhe, Kad kupac robu koja mu je predana "na ogled", "na probu", "na pogled", "po viđenju" ne vrati u roku koji je bio ugovoren za njegovu izjavu o tome prima li robu, smatra se da je sklopljen ugovor o kupoprodaji, Kad prijevoznik ili špediter primi robu s naznačenom adresom primatelja, smatra se da je sklopljen ugovor o prijevozu ili špediciji, Kad skladištar primi robu bez određenog naloga, smatra se da je sklopljen ugovor o uskladištenju.

<sup>18</sup> V. čl. 456. st. 2. ZOO.

<sup>19</sup> Usporedi i s § 360. bivšeg Hrvatskog trgovačkog zakona.

<sup>20</sup> Tako Barbić, J., op. cit. u bilj. 1, str. 5.

<sup>21</sup> Barbić, J., op. cit. u bilj. 1, str. 77, daje za to dobar primjer. Ponudi li ponuditelj u ponudi ponuđenome prodaju robe, a ponuđeni nakon toga sklopi s trećim ugovor o uskladištenju takve robe, to još samo po sebi nije radnja iz koje proizlazi prihvata.

<sup>22</sup> Tako Barbić, J., op. cit. u bilj. 1, str. 77.

učinke koji se vežu uz poslovnopravno očitovanje volje pa tu ne pomažu ni podredna pravila o konkludentnom očitovanju volje.

### III. ŠUTNJA NA DOBIVENI NALOG

#### 3.1. Općenito o odredbi čl. 265. ZOO

Smislena primjena odredbe čl. 265. ZOO zahtijeva njezino jasno razgraničenje prema srodnim pravnim institutima. Ona, s jedne strane, ne propisuje obvezno sklapanje ugovora, jer ponuđeni može otkloniti primljenu ponudu, a, s druge strane, odstupa od općeg pravila pravnih poslova po kojem se ugovor sklapa suglasnim očitovanjem volja.<sup>23</sup> Odredbu čl. 265. ZOO treba stoga pažljivo razgraničiti prema odredbi čl. 262. ZOO. Prema čl. 262. st. 1. ZOO, ponuda je prihvaćena kad ponuditelj primi izjavu ponuđenoga da prihvaća ponudu. Ponuda je, međutim, prihvaćena i kad ponuđeni pošalje stvar ili plati cijenu te kad učini neku drugu radnju koja se na temelju ponude, prakse utvrđene između zainteresiranih strana ili običaja može smatrati prihvatom.<sup>24</sup>

Odredba čl. 262. st. 2. ZOO ima naročito značajnu ulogu u trgovačkom prometu jer strane na temelju svoje poslovne prakse ili trgovačkog običaja mogu odstupiti od pravila po kojem izjava o prihvatu treba prispjeti ponuditelju.<sup>25</sup> *Ratio legis* odredbe čl. 262. st. 2. ZOO nije u tome da se prihvata učini nebitnim za sklapanje ugovora, nego u tome da učinci ugovora ne ovise nužno o tome da izjava o prihvatu prisprije ponuditelju.<sup>26</sup> Izjavom o prihvatu stane očito mogu disponirati pa se ponuditelj shodno tome može, u krajnju ruku i konkluden-

<sup>23</sup> Tako za njemačko pravo glede čl. 265. ZOO odgovarajuće odredbe § 362. njemačkog HGB Schmidt, K., op. cit. u bilj. 1, § 19 II, str. 551.

<sup>24</sup> Tako čl. 262. st. 2. ZOO.

<sup>25</sup> Schmidt, K., op. cit. u bilj. 1, § 19 II, str. 551, daje za to dobar primjer koji je primjenjiv i na domaće pravo s obzirom na to da odnos između § 362. HGB i § 151. BGB odgovara odnosu između čl. 265. ZOO i čl. 262. ZOO. Naruči li K od robne kuće P pribor za jelo pod kataloškim brojem 5555, ponuda za sklapanje ugovora nije prihvaćena tek kad K primi naručenu robu ili P-ov potvrđan odgovor. Ugovor je, naime, sklopljen čim P primi K-ovu ponudu jer P ne mora očitovati svoj prihvata K-u. Prispijeće prihvata jednostavno nije uvriježeno u tom slučaju, ono se ne očekuje.

<sup>26</sup> Tako glede čl. 262. st. 2. ZOO odgovarajuće odredbe § 151. reč. 1. BGB Schmidt, K., op. cit. u bilj. 1, § 19 II, str. 552.



tno ili na temelju običaja, odreći svog prava po kojem je za sklapanje ugovora potrebno da mu prispije izjava ponuđenoga o prihvatu.<sup>27</sup> Izjava o prihvatu ne očekuje se kad se roba naručuje na temelju cjenika ili kataloga. Ona po prirodi stvari može otpasti i u razdoblju naglog pada cijena kad se roba naručuje uz opasku "ekspresno".<sup>28</sup> Dok odredba čl. 265. ZOO ide i korak dalje te postavlja fikciju o prihvatu ponude, odredba čl. 262. st. 2. ZOO zadržava se na pravilima o tumačenju prispieća izjave o prihvatu ponuditelju.

Samo se šutnja na ponudu smatra prihvatom. Odredba čl. 265. ZOO neće se primijeniti dade li ponuđeni ponuditelju do znanja da su njihovi pregovori zapali u teškoće ili ako se na temelju njegova ponašanja može zaključiti da se ne smatra vezanim ponudom.<sup>29</sup>

Obvezujući pravni učinci šutnje najčešće se svode na odgovornost za naknadu štete po mjerilima o naknadi negativnog ugovornog odnosno pogodbenog

---

<sup>27</sup> Tako izričito odredba § 181. njemačkog BGB.

<sup>28</sup> Tako Goldštajn, A., op. cit. u bilj. 1, str. 276.

<sup>29</sup> Dobar primjer za to je sudska odluka BGH NJW 1984, 866. Primjer iznosi i Schmidt, K., op. cit. u bilj. 1, § 19 II, str. 559. Društvo za iskapanje zemnoga plina A dalo je svojoj banci nalog za otvaranje dokumentarnog akreditiva radi plaćanja određenog posla vezanog uz istraživanje i iskapanje mineralnih ulja. Banka je prvo tražila da se nadopuni lista dokumenata koje joj je korisnik trebao predložiti prilikom naplate, a potom je na iznenađenje nalogodavca odnosno društva A odbila otvoriti dokumentarni akreditiv. Društvo A s povjerenjem se pouzdalo u akreditivni posao pa je smatralo da banka krši već postignuti dogovor. BGH je presudio da banka nije prekršila ni § 362. HGB ni § 663. BGB upravo zbog toga jer je u postupku jasno utvrđeno da banka nije šutjela. Ugovor se prema tim okolnostima nije mogao smatrati sklopljenim ni po hrvatskom pravu odnosno sukladno čl. 265. ZOO. To dakako ne isključuje odgovornost banke *ob culpam in contrahendo*. Poučan je primjer i sudska odluka BGH NJW-RR 1988, 925. Primjer, također, iznosi i Schmidt, K., op. cit. u bilj. 1, § 19 II, str. 559. Nizozemski izvoznik cvijeća A opskrbljivao je cvijećem određeno društvu iz Berlina B. U spornom slučaju A je otpremio B-u cvijeće po špediteru kojega je odabrao B. Cvijeće u konačnici nije bilo u potpunosti plaćeno. A je tužio špeditera za naknadu štete jer on nije uvažio na fakturi jasno naznačenu napomenu "pouzećem!". BGH je u tom predmetu ispitivao je li ta napomena bila ponuda za sklapanje ugovora po kojem je špediter trebao predati B-u cvijeće tek kad naplati cijenu te je li špediter sukladno § 362. HGB prihvatio tu ponudu. BGH je odbio taj zaključak jer je na temelju dotadašnjeg špediterova poslovanja jasno proizlazilo da on redovito isporučuje robu, a da mu se pri tome odmah ne plaća. Zbog toga je BGH ocijenio da ponuđeni nije bio dužan postupiti po A-ovu nalogu. Za švicarsko pravo v. Merz, H., Vertrag und Vertragsschluss, 2. izdanje, Freiburg, 1992, § 4, Rbr. 221.



interesa. Odredba čl. 265. st. 1. ZOO ne nameće ponuđenome odgovornost za ispunjenje, ali ona ne isključuje njegove eventualne predugovorne obveze obazrivosti prema ponuditelju. Ponuđeni je ovisno o okolnostima pojedinoga slučaja, posebice ako je trgovac ili općenito poduzetnik, dužan privremeno preuzeti poslane stvari ako je to potrebno da bi se otklonila šteta koja prijeti propašću ili oštećenjem poslane robe. Za tim ide, osim općih pravila o predugovornoj odgovornosti za naknadu štete, i neposredna odredba čl. 443. ZOO. Kupac je dužan preuzeti stvar te poduzeti mjere za njezino čuvanje samo ako vrijednost robe pokriva troškove njezina čuvanja i ako ga to ne izlaže drugim teškoćama. Pri tome ima pravo zadržanja na toj robi. Je li ponuđeni prema okolnostima pojedinog slučaja dužan prodati robu za račun ponuditelja, procjenjuje se prema pravilima o poslovodstvu bez naloga.

### 3.2. Šutnja na dobiveni nalog

Na temelju čl. 265. ZOO šutnja na dobiveni nalog proizvodi učinke prihvata u dva slučaja. Ponuđeni je dužan obaviti dobiveni nalog ako ga nije odmah odbio i ako se ponudio drugom obavljati njegove naloge za određene poslove te ako u njegovu poslovnu djelatnost spada obavljanje takvih naloga, a, također, u stalnoj je poslovnoj vezi s ponuditeljem.<sup>30</sup>

#### a) Prvi slučaj

Prvi slučaj u kojem šutnja ima značaj prihvata zahtijeva smisleno tumačenje. To što se netko “ponudio” drugome da obavlja njegove naloge ne treba smatrati ponudom u užem smislu.<sup>31</sup> Izraz “ponuditi drugom” iz čl. 265. st. 4. ZOO treba tumačiti kao poziv da se stavi ponuda, *invitatio ad offerendum*, pa sklapanje ugovora i nadalje u načelu ovisi o slobodnom nahodjenju ponuđenoga, osobe koja štiti.<sup>32</sup> Zaključi li se suprotno, ugovor bi bio sklopljen čim nalog prisprije ponuđenome koji se “ponudio” ponuditelju da obavlja njegove naloge za

<sup>30</sup> Čl. 265. st. 4. ZOO.

<sup>31</sup> Tako i Barbić, J., op. cit. u bilj. I, str. 6.

<sup>32</sup> Tako glede čl. 265. st. 4. ZOO odgovarajuće odredbe § 362. njemačkog HGB Schmidt, K., op. cit. u bilj. I, § 19 II, str. 557.

određene poslove. Dobiveni nalog tretirao bi se, dakle, kao prihvata, a ne kao ponuda. Ponuđeni, odnosno onaj tko se ponudio drugome obavljati njegove naloge, ima, međutim, pravo otkloniti sklapanje ugovora, i to je štoviše izričito propisano čl. 265. ZOO. Da je riječ o ponuditelju, na što upućuje doslovno tumačenje ZOO-a, takvu mogućnost ne bi imao. Kad jednom stavi ponudu, ponuditelj više ne može spriječiti da se izjavljivanjem prihvata sklopi ugovor. Zaključak o tome da se ne radi o ponudi, nego o pozivu da se stavi ponuda proizlazi i iz čl. 265. st. 5. ZOO u kojem se propisuje da je ugovor sklopljen u trenutku kad su ponuda odnosno nalog stigli ponuđenome.<sup>33</sup> Tu se ZOO precizno koristi izrazom ponuda, a osobu koja se “ponudila” za obavljanje naloga točno naziva ponuđenim. Na temelju okolnosti da se netko “ponudio” za obavljanje tuđih naloga ZOO nameće spomenutom obvezu da odmah odbije dobiveni nalog jer će se inače smatrati da je ugovor sklopljen.<sup>34</sup>

Na temelju tog pravila svaki je poduzetnik dužan bez odgađanja odgovoriti na ponuđeni nalog neovisno o tome obavlja li i inače profesionalno te naloge. Pravilo se dakako primjenjuje i na poduzetnike koji se profesionalno bave obavljanjem tuđih naloga kad oni ne stoje u poslovnoj vezi s ponuditeljem. To pravilo umjesto poslovne veze zahtijeva nuđenje drugome da se obavljaju njegovi nalozi. Nuđenje drugome da se obavljaju njegovi nalozi iz čl. 265. st. 4. ZOO treba tumačiti kao *invitatio ad offerendum*, kao poziv da se stavi ponuda. Odredba čl. 265. st. 4. ZOO u biti potvrđuje općenito pravilo po kojem se ponuđeni mora odmah izjasniti o “ponudi u odnosu na koju je on pridržao sebi pravo hoće li je prihvatiti” jer će se u suprotnom njegova šutnja smatrati prihvatom.<sup>35</sup> Nuđenje iz čl. 265. st. 4. ZOO mora biti individualizirano, ponuđeni mora nagnati određenoga ponuditelja da mu dade ponudu. Javno nuđenje dovoljno je samo za primjenu čl. 764. ZOO i za naknadu štete po pravilima o naknadi negativnog pogodbenog interesa, a ne i za fikciju o sklapanju ugovora sukladno čl. 265. ZOO.<sup>36</sup> U suprotnome bi svaki poduzetnik koji se bavi obavljanjem tuđih naloga bio obavezan prihvatiti svaku ponudu stavljenju u povodu njegova reklamiranja jer je reklamiranje zapravo javno nuđenje. Nije uvijek lako

<sup>33</sup> Tako i Barbić, J., op. cit. u bilj. 1, str. 6, glede odgovarajućeg čl. 42. st. 5. staroga ZOO.

<sup>34</sup> Tako i Barbić, J., op. cit. u bilj. 1, str. 6.

<sup>35</sup> Tako glede čl. 265. st. 4. ZOO odgovarajuće odredbe § 362. HGB Schmidt, K., op. cit. u bilj. 1, § 19 II str. 558. O tom pravilu v. i pod V.

<sup>36</sup> Tako sa stajališta čl. 265. i čl. 764. ZOO i tome odgovarajućih odredbi § 362. HGB i § 663. BGB Hefermehl, W., op. cit. u bilj. 1, § 362, Rbr. 14; Schmidt, K., op. cit. u bilj. 1, § 19 II, str. 557.

razgraničiti nuđenje drugome u smislu čl. 265. st. 4. ZOO i javno nuđenje iz čl. 764. ZOO. To je posebno izraženo kod masovnog slanja tiskаница i drugog promidžbenog materijala.<sup>37</sup> U konačnici treba utvrditi je li krug adresata otvoren ili je pak određen odnosno je li bar prema izrazima u pošiljci moguće zaključiti da je ona bila namijenjena užem krugu klijentele.<sup>38</sup>

#### b) Drugi slučaj

U domaćoj pravnoj književnosti raširilo se stajalište prema kojem se šutnja smatra prihvatom ako nalogoprimac bez odgađanja izričito ne otkloni sklapanje ugovora o nalogu, a obavljanje dobivenih naloga spada u njegovu poslovnu djelatnost.<sup>39</sup> Po tome su odvjetnici, špediteri, komisionari, posrednici i svi drugi u čiju poslovnu djelatnost spada obavljanje naloga dužni odmah nakon primitka otkloniti svaki dobiveni nalog jer su u suprotnome njime vezani pa su stoga dužni obaviti posao na koji se nalog odnosi.<sup>40</sup> Pod poslovnom djelatnošću ne

<sup>37</sup> V. Schmidt, K., op. cit. u bilj. 1, § 19 II, str. 557.

<sup>38</sup> Dobar primjer tog mjerila daje Schmidt, K., op. cit. u bilj. 1, § 19 II, str. 558, vezano uz predmet BGHZ 46, 43, 47. Skladištar koji je bio ujedno i špediter dobio je od inozemnog izvoznika prijepis *delivery order* za 52 sanduka tkanine, a u njemu je bilo navedeno da robu treba otpremiti određenom trgovcu iz Bremena. Izvoznik je inače poslovno surađivao sa skladištarom pa je posrijedi slučaj na koji treba primijeniti odredbu čl. 265. ZOO. Slanje tog prijepisa treba, naime, tumačiti kao konkludentno nuđenje robe na uskladištenje pa se skladištar mora o tome hitno očitovati. Ako on to ne učini, smatrat će da je ugovor sklopljen sukladno čl. 265. st. 5. ZOO.

Schmidt, K., op. cit. u bilj. 1, § 19 II, str. 558, daje za to još jedan dobar primjer. Trgovačko društvo A koje se bavilo selidbama dalo je određenoj osobi B kalkulaciju cijena za selidbu namještaja iz jednog mjesta u drugo koju je naslovilo kao "ponudu". B je usporedio cijene s onima koje je pribavio od drugih trgovačkih društava za selidbe te je A-u u pisanom obliku izjavio da prihvaća njegovu ponudu, s tim da se selidba obavi do 30 siječnja. U ovom slučaju "ponudu" A-a treba tumačiti kao *invitatio ad offerendum*, a prihvrat B-a kao ponudu. A mora bez odgađanja otkloniti ponudu B-a ako je ne namjerava, primjerice zbog termina selidbe, prihvatiti. Razlog za to je što se on sukladno čl. 265. st. 4. ZOO nudio B-u da će mu obaviti taj posao te ga je tako nagnao da daje svoju ponudu na koju je dužan odgovoriti jer se u suprotnom smatra da je ugovor sklopljen sukladno čl. 265. st. 5. ZOO.

<sup>39</sup> V. Klarić, P./Vedriš, M., op. cit. u bilj. 1, str. 130; isto tako i Perović, S./Stojanović, D., op. cit. u bilj. 1, str. 216. Tako i Gorenc, V., op. cit. u bilj. 1., str. 371, uz nejasnu opasku da iznimke propisane čl. 266. treba restriktivno tumačiti.

<sup>40</sup> Tako Klarić, P./Vedriš, M., op. cit. u bilj. 1, str. 130.

treba tumačiti samo registrirane djelatnosti, nego sve djelatnosti za koje je javno poznato da ih potencijalni nalogoprimac profesionalno obavlja.<sup>41</sup>

Stajalište se branilo doslovnim tumačenjem teksta odredbe čl. 265. st. 4. prije nego što je ona izmijenjena posljednjom novelom ZOO-a.<sup>42</sup> Takvo tumačenje naišlo je na opravdane kritike u našoj pravnoj književnosti.<sup>43</sup> Dovel se u pitanje stajalište<sup>44</sup> po kojem je dovoljno da izvršavanje naloga za obavljanje određenih poslova spada u poslovnu djelatnost nalogoprimca pa da šutnja ima značenje prihvata dobivene ponude. Opravdano se isticalo da je potrebna jača pravna osnova za zasnivanje obveze ponuđenoga da odbije ponudu ako ne namjerava sklopiti ugovor. Jača osnova za zasnivanje obveze ponuđenoga pronašla se u poslovnoj vezi između ponuditelja i ponuđenoga. Šutnja na dobiveni nalog proizvodi učinke prihvata samo ako je ponuđeni koji se profesionalno bavi izvršavanjem tuđih naloga u poslovnoj vezi s ponuditeljem. Riječ je o realnijem stajalištu jer se njime vodi računa o tome da bi osobe koje profesionalno obavljaju tuđe naloge mogle dospjeti u položaj da budu zasute brojnim nalogima pa bi se, ako ih ne mogu obaviti, pretjerano opteretile potrebom da ih bez odgađanja odbiju.<sup>45</sup> *De lege lata* to je stajalište izričito pretočeno u odredbu čl. 265. st. 4. ZOO.

Po suprotnom tumačenju čl. 265. st. 4. ZOO, prije posljednje novele ZOO, gotovo svi poduzetnici, budući da se gotovo svi poduzetnici na određeni način profesionalno bave izvršavanjem naloga, bili bi dužni stalno odbijati ponude, koje uvijek iznova stižu, kako bi se otklonilo tumačenje da šutnja znači pristanak na izvršenje naloga.<sup>46</sup> Goldštajn s razlogom, glede ZOO-u odgovarajućih odredbi Općih uzanci za promet robom, zaključuje da se takav standard postupanja kosi s logikom pravnog i poslovnog života.<sup>47</sup> Odredbu čl. 265. st. 4. ZOO u tom dijelu nije međutim bilo potrebno tumačiti analogijom odnosno *praeter legem*,<sup>48</sup> prema odredbi čl. 265. st. 3. ZOO, njoj je trebalo pristupiti teleološki. Izraz "isto tako" na početku čl. 265. st. 4. ZOO, prije posljednje

<sup>41</sup> Za austrijsko pravo v. Bydlinski, P., op. cit. u bilj. 1, § 1003, Rbr. 2.

<sup>42</sup> V. važeći čl. 3. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o obveznim odnosima, NN 41/2008.

<sup>43</sup> Tako Goldštajn, A., op. cit. u bilj. 1, str. 278; Barbić, J., op. cit. u bilj. 1, str. 84.

<sup>44</sup> To stajalište zastupaju Klarić, P./Vedriš, M., op. cit. u bilj. 1, str. 130; Perović, S./Stojanović, D., op. cit. u bilj. 1, str. 216; Gorenc, V., u op. cit. u bilj. 1., str. 371.

<sup>45</sup> Tako Barbić, J., op. cit. u bilj. 1, str. 84.

<sup>46</sup> Tako Goldštajn, A., op. cit. u bilj. 1, str. 278.

<sup>47</sup> Goldštajn, A., op. cit. u bilj. 1, str. 278.

<sup>48</sup> Tako, međutim, Goldštajn, A., op. cit. u bilj. 1, str. 278.

novele ZOO-a, upućivao je stoga na prethodni stavak toga članka ne samo u dijelu koji se tiče učinaka šutnje nego i u dijelu koji se tiče poslovne veze kao nužne pretpostavke obvezujućih učinaka šutnje. Nije stoga riječ ni o kakvom *praeter legem* tumačenju, nego o pozitivnopravno utemeljenom teleološkom tumačenju. Konačno, i puko logičko tumačenje odredbe čl. 265. st. 4. ZOO, prije posljednje novele ZOO-a, potvrđuje da nema nikakvog smisla, barem kod naplatnih naloga, posebno propisati da se šutnja smatra prihvatom ako se osoba koja šuti inače profesionalno bavi obavljanjem naloga koji nije bez odgađanja otklonila te ako se jedna strana ponudila drugoj da izvršava njezine naloge za obavljanje određenih poslova. Prvi slučaj obuhvaćao bi po toj logici i drugi slučaj jer je osoba koja se profesionalno bavi obavljanjem naloga ionako dužna dobiveni nalog bez odgađanja otkloniti neovisno o tome što se možda i posebno ponudila drugom da obavlja njegove naloge.

Nije stajao argument po kojem odredba čl. 764. ZOO potvrđuje suprotno stajalište.<sup>49</sup> Odredba čl. 764. ZOO dokazuje upravo suprotno. ZOO, naime, izričito propisuje da "onaj tko se bavi obavljanjem tuđih poslova kao zanimanjem ili se javno nudi za obavljanje tih poslova, dužan je, ako ne želi prihvatiti ponuđeni nalog koji se odnosi na te poslove, o tome bez odgađanja obavijestiti drugu stranu, inače odgovara za štetu koju bi ova pretrpjela zbog toga". *Ratio legis* odredbe čl. 265. st. 4. ZOO i odredbe čl. 764. ZOO nije da se kao posljedica jedne te iste povrede prvo propiše odgovornost za neispunjenje, a potom i odgovornost za naknadu štete. Notorno je da onaj tko ne ostvari svoje pravo na ispunjenje sukladno čl. 265. st. 4. ima pravo na punu naknadu štete koju je zbog toga pretrpio, pa nema nikakve potrebe da ZOO to stajalište opetuje u čl. 764. ZOO. Treba stoga tražiti drukčije tumačenje odnosa spomenutih odredbi ZOO-a. Zapravo je riječ o tome da ZOO kroz odredbe čl. 265. st. 4. i čl. 764. uređuje pitanje različite odgovornosti, jednom za ispunjenje, a drugi put za naknadu štete, i to za dvije različite skupine slučajeva. Onaj tko se bavi izvršenjem tuđih naloga kao svojim zvanjem ili kao svojom poslovnom djelatnošću odgovara za ispunjenje svom klijentu s kojim je u poslovnoj vezi ne otkloni li bez odgađanja njegovu ponudu za sklapanjem ugovora o nalogu, a za naknadu štete, i to po mjerilima o naknadi negativnog pogodbenog interesa, drugim klijentima s kojima ne stoji u poslovnoj vezi.<sup>50</sup> U potonjem

<sup>49</sup> Taj argument u prilog svojih tvrdnji iznose Klarić, P./Vedriš, M., op. cit. u bilj. 1, str. 130; Perović, S./Stojanović, D., op. cit. u bilj. 1, str. 216.

<sup>50</sup> Barbić, J., op. cit. u bilj. 1, str. 83 i 84, smatra da se neprecizna odredba čl. 764. ZOO ne može odnositi na naknadu štete zbog toga što nije otklonjeno sklapanje ugovora.

slučaju također je riječ o odgovornosti na temelju odnosa povjerenja.<sup>51</sup> Upravo manji intenzitet odnosa povjerenja daje pravo oštećenome na naknadu štete, i to po mjerilima o naknadi negativnog pogodbenog interesa, a ne na ispunjenje ugovora odnosno na naknadu štete prema mjerilima o naknadi pozitivnog ugovornog interesa kao u prvotnom slučaju koji je obilježen izraženijim odnosom povjerenja.<sup>52</sup> Osobe koje se javno nude obavljati tuđe naloge dužne su obazrivo postupati sa svim prispjelim nalogima, neovisno o tome stoje li s potencijalnim nalogodavcima u poslovnoj vezi, te ih stoga moraju što prije otkloniti ne kane li ih prihvatiti. Povreda te obveze obazrivosti rezultira odgovornošću za naknadu štete. Praktična primjena čl. 764. ZOO ograničena je faktično na slučajeve kad osobe koje se javno nude obavljati tuđe naloge ne otklone bez odgađanja naloge osoba s kojima ne stoje u poslovnoj vezi.

Nalogoprincipi odgovaraju, naime, i s naslova čl. 265. ZOO za ispunjenje i s naslova čl. 764. ZOO za naknadu štete ne otklone li ponuđene naloge osoba s kojima stoje u poslovnoj vezi odnosno osoba kojima su se ponudili izvršavati naloge. Udovolje li strožim pretpostavkama čl. 265. ZOO, automatski udovoljavaju i pretpostavkama čl. 764. ZOO. Ti se zahtjevi ne pribrajaju, nalogodavac ih ne može kumulativno zahtijevati. Odredba čl. 265. ZOO zapravo je iznimka od općeg režima koji je uspostavljen odredbom čl. 764. ZOO. Zahtjev s naslova čl. 265. ZOO ima prednost pred zahtjevom s naslova čl. 764. ZOO samo utoliko što je za ponuditelja povoljniji.<sup>53</sup> U konačnici ponuditelj prema svom nahodanju odlučuje hoće li zahtijevati ispunjenje odnosno naknadu štete

---

Ako ponuđeni ne odbije ponudu, ugovor je sklopljen, a šteta može nastati samo ako ponuđeni kasnije ne ispuni obveze koje proizlaze iz ugovora, tj. iz naloga u kojem se određuje koje poslove treba obaviti. Riječ je, dakle, o naknadi štete zbog povrede ugovora, a ne zbog toga što on nije sklopljen. Stoga se, prema Barbiću, naknađuje pozitivni ugovorni interes, a ne negativni koji bi došao u obzir kad bi se radilo o predugovornoj odgovornosti za štetu.

<sup>51</sup> Bydlinski, P., u: Koziol, H./Bydlinski, P./Bollenberger, R., *Kurzkomentar zum ABGB*, 2, izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Wien, 2007, § 1003, Rbr. 1; Schummer, G./Kriwanek, S., *Das neue Unternehmensgesetzbuch*, Aus HGB wird UGB (Gesetzestext und Parlamentarische Materialien), Wien, 2006, str. 144, za austrijsko pravo preusko zagovaraju odgovornost *ob culpam in contrahendo* s naslova čl. 764. ZOO istovjetnom austrijskom § 1003. ABGB.

<sup>52</sup> Tako sa stajališta njemačkog prava Canaris, C.W., op. cit. u bilj. 1, § 23 III, Rbr. 51.

<sup>53</sup> U njemačkom pravu koje počiva na dualističkom uređenju trgovačkih i građanskih odnosa § 362. HGB po načelu specijalnosti ima prednost pred § 663. BGB. Odredbe odgovaraju onima ZOO. V. Hefermehl, W., op. cit. u bilj. 1, § 362. Rbr. 30.

prema pravilima o pozitivnom pogodbenom interesu ili samo naknadu štete prema pravilima o naknadi negativnog pogodbenog interesa. Tuži li samo na naknadu štete s naslova povrede čl. 764, treba smatrati da se konkludentno odrekao svog zahtjeva za ispunjenje s naslova čl. 265. ZOO odnosno zahtjeva za naknadu štete po pravilima o pozitivnom pogodbenom interesu. Ako nisu ispunjene posebne pretpostavke čl. 265. i čl. 764. ZOO, može se tužiti i po općim pravilima o predugovornoj odgovornosti za naknadu štete.<sup>54</sup>

Odredba čl. 925. st. 5. ZOO također nije ni analogna potvrda tumačenja po kojem se obvezujući učinci šutnje na dobiveni nalog ne vežu uz poslovnu vezu, pa čak ni usko postavljenu iznimku od pravila po kojem je poslovna veza pretpostavka obvezujućih učinaka šutnje na dobiveni nalog. Ta iznimka teško da je u praksi uopće zamisliva budući da ZOO proturječno propisuje da se šutnja smatra sklapanjem ugovora odnosno prihvatom ponude iako njome ponuditelj prema izričitoj dispozitivnoj odredbi ZOO-a uopće nije vezan.<sup>55</sup> Ugovor se po tome smatra sklopljenim pod raskidnim uvjetom, s neodređenim rokom, da se ponuditelj prema svom nahodanju izjasni o tome kako više nije vezan svojom ponudom. Svaka obveznopravna dispozicija ima svoje prisilnopravne granice pa je osiguranik plaćanjem prve rate osigurnine dužan očitovati se o tome da je i nadalje ostao pri svojoj ponudi za sklapanje ugovora o osiguranju. Ne plati li prvu ratu, treba smatrati da je konkludentno očitovao svoju volju o tome da više nije vezan svojom ponudom. Ugovor o osiguranju ne može se stoga sklopiti šutnjom, nego isključivo plaćanjem premije kao konkludentnom radnjom.<sup>56</sup>

Odredbu čl. 3. posljednje novele ZOO-a treba pozdraviti kao dobrodošlo pojašnjenje stare odredbe čl. 265. st. 4. ZOO, a ne kao radikalni zaokret u odnosu prema rješenju ZOO-a prije te novele. I poredbenopravna analiza po-

<sup>54</sup> Tako za njemačko pravo Schmidt, C., op. cit. u bilj. 1, § 19 II, str. 552, ako nisu ispunjene posebne pretpostavke čl. 265. i čl. 764. ZOO odgovarajućim § 362. HGB i 663. BGB.

<sup>55</sup> Suprotno tome Klarić, P./Vedriš, M., op. cit. u bilj. 1, str. 130; Perović, S./Stojanović, D., op. cit. u bilj. 1, str. 216. Prema čl. 925. st. 4. ZOO, pisana ponuda učinjena osiguratelju za sklapanje ugovora o osiguranju veže ponuditelja, ako on nije odredio kraći rok, za vrijeme od osam dana otkad je ponuda prispjela osiguratelju, a ako je potreban liječnički pregled, onda za vrijeme trideset dana. Ako osiguratelj u tom roku ne odbije ponudu koja ne odstupa od njegovih uvjeta, smatrat će se da je prihvatio ponudu i da je ugovor sklopljen.

<sup>56</sup> Osiguratelji gotovo isključivo ugovaraju da obveza isplata osigurnine počinje idućeg dana od dana uplate premije.



sredno potvrđuje tumačenje po kojem je u ovom slučaju potrebna jača osnova za zasnivanje obveze ponuđenoga odnosno poslovna veza između ponuditelja i ponuđenoga.<sup>57</sup> Ne možemo, međutim, mehanički primijeniti rješenja njemačkog § 362. HGB jer njemački HGB iznimku veže uz u njemačkom pravu nominatne ugovore o djelu i ugovore o službi na temelju kojih se jedna strana uz naknadu stara o poslovima druge strane.<sup>58</sup> Jednako tako ne možemo nekritički primijeniti ni rješenja čl. 295. švicarskog OR-a koja su naizgled jednaka rješenjima čl. 265. ZOO. U hrvatskom pravu nalog je u načelu naplatni pravni posao,<sup>59</sup> a u švicarskom pravu on u pravilu nije naplatni pravni posao.<sup>60</sup> Odredba čl. 395. OR tumači se kao potvrda pravila po kojem se šutnja smatra prihvatom jer se odnosi na nenaplatni pravni posao i ide na korist ponuđenoga budući da se on sam javno nudi obavljati tuđe naloge.<sup>61</sup> Ističe se da se ta odredba gotovo i ne primjenjuje u švicarskoj pravnoj praksi.<sup>62</sup> Poredbenopravna analiza pokazuje da pravila o šutnji nije moguće tumačiti izolirano, neovisno o cjelovitom sustavu mjerodavnog privatnog prava.

<sup>57</sup> V. § 362. njemačkog HGB-a. Istu odredbu sadržavao je i stari austrijski HGB. Novi austrijski UGB brisao je tu odredbu. Zanimljiva su objašnjenja zašto je to učinjeno. Obrazlaže se da je tako zapravo prošireno područje primjene staroga rješenja jer je brisanjem § 362. HGB omogućeno da se pravilo po kojem šutnja ima učinak prihvata primijeni i na sve druge osobe koje poput trgovaca sudjeluju u pravnom i poslovnom prometu. Ukinuto je i historijsko pravopolitičko ograničenje § 362. HGB prema kojem su samo pružatelji usluga bili vezani svojom šutnjom na ponuđeni nalog. Među osobe vezane šutnjom ubrojile su se tako brisanjem § 362. HGB i isporučitelji robe, pa se i u tom dijelu austrijsko pravo izjednačilo s važećim hrvatskim pravom odnosno odredbom čl. 265. st. 3. ZOO. Pitanja koja su donedavno bila uređena § 362. austrijskog HGB-a prepuštena su općem režimu austrijskog obveznog prava (tako Krejci, H., op. cit. u bilj. 1, Rbr. 8; u konačnici i Schummer, G./Kriwanek, S., *Das neue Unternehmensgesetzbuch, Aus HGB wird UGB (Gesetzestext und Parlamentarische Materialien)*, Wien, 2006, str. 143-144).

<sup>58</sup> Posrijedi je tzv. *Geschäftsbesorgungsvertrag*. V. § 675. BGB. Čini se da Goldštajn, A., op. cit. u bilj. 1, str. 279, ne uviđa tu razliku između ugovora o nalogu i ugovora o djelu i o službi na temelju kojih se jedna strana uz naknadu stara o poslovima druge strane.

<sup>59</sup> V. čl. 763. st. 2. ZOO.

<sup>60</sup> V. čl. 394. st. 3. OR.

<sup>61</sup> Tako Merz, H., op. cit. u bilj. 1, § 4, Rbr. 221.

<sup>62</sup> Tako Merz, H., op. cit. u bilj. 1, § 4, Rbr. 221.

### 3.3. Praktična primjena iznimaka propisanih odredbama čl. 265. ZOO po kojima se šutnja na ponuđeni nalog smatra prihvatom

Nema dostupnih primjera iz domaće sudske prakse za primjenu pravila po kojem se šutnja na ponuđeni nalog smatra prihvatom ponude za sklapanje ugovora o nalogu bilo po prvoj ili po drugoj varijanti čl. 265. st. 4. ZOO, pa ni za primjenu pravila o odgovornosti nalogoprimca za naknadu štete ili pak za ispunjenje sukladno čl. 764. ZOO, a za što se prethodno utvrdilo da ne može proći kritičku analizu. Razlog za to je mogućnost svakodobnog opoziva odnosno raskida ugovora o nalogu sukladno čl. 780. i 781. ZOO.<sup>63</sup> Nalogoprimac može prema svom slobodnom nahođenju u svakom slučaju otkloniti svoju odgovornost za ispunjenje naloga ako ugovor o nalogu raskine samo jednu logičku, juridičku sekundu nakon što se ugovor bio smatrao sklopljenim sukladno čl. 265. st. 5. ZOO. Odredba čl. 780. ZOO je prisilnopravna tako da strane ne mogu svojom voljom isključiti ni ograničiti njezinu primjenu.

Obavljanje tuđih naloga nije samo karakteristična činidba ugovora o nalogu. Ugovori o djelu i inominatni ugovori o službi također najčešće imaju za svoju činidbu obavljanje tuđih naloga, izvođač se tada uz naknadu stara o poslovima druge strane. Slično je i s komisijom, povjerenstvom, upravljanjem imovinom, špedicijom, ugovorom o građenju, uskladištenju, posredovanju, organiziranju turističkog putovanja, prijevozu, većinom bankarskih ugovora te naložima detektivskim agencijama, investicijskim savjetnicima ili općenito poslovnim savjetnicima.<sup>64</sup> Na te se ugovore, za razliku od ugovora o nalogu, ne primjenjuje odredba čl. 781. ZOO o pravu nalogoprimca da svakodobno opozove nalog. Težište praktične primjene odredbe čl. 265. st. 4. ZOO pada, dakle, na naplatne ugovore o djelu i ugovore o službi koji za svoj predmet imaju obavljanje tuđih poslova odnosno naloga pod pretpostavkom da su strane u međusobnoj poslovnoj vezi glede obavljanja tih poslova ili da se strana koja obavlja te poslove

<sup>63</sup> Tako sa stajališta čl. 395. i čl. 404. švicarskog OR-a, odredbi koje odgovaraju čl. 265. i čl. 780. ZOO, Merz, H., op. cit. u bilj. 1, § 4, Rbr. 221. U tom smislu i sa stajališta čl. 780. ZOO odgovarajućeg § 663. njemačkog BGB-a odnosno nenaplatnog naloga Schmidt, K., op. cit. u bilj. 1, § 19 II, str. 552, tvrdi da je praktična primjena te odredbe BGB-a potpuno zanemariva.

<sup>64</sup> Te primjere uz navođenje njemačke sudske prakse o primjeni § 362. HGB daje Schmidt, K., op. cit. u bilj. 1, § 19 II, str. 556.

ponudila dotičnom klijentu da to učini.<sup>65</sup> U pojedinom slučaju mora se uvijek odgovoriti na to koje poslove ponuđeni uobičajeno obavlja sukladno očekivanjima pravnog i poslovnog prometa te spada li konkretan ponuđeni nalog među te poslove. Problem je posebno važan uzme li se u obzir da većina domaćih trgovačkih društava ima široko postavljenu listu registriranih djelatnosti, a bavi se faktično samo nekolicinom karakterističnih poslovnih djelatnosti.

### 3.4. Pravna priroda šutnje na dobiveni nalog sukladno čl. 265. ZOO

U poredbenoj pravnoj književnosti nepremostivo su sukobljeni doktrinarni koncepti koji nastoje objasniti pravno-političku pozadinu čl. 265. ZOO. Domaća pravna književnost nije se pobliže bavila tim pitanjem.

Doktrinarno nisu provedivi pokušaji<sup>66</sup> da se zakonom propisane iznimke od pravila po kojem šutnja nije prihvata objasne sa stajališta poslovnopravnog očitovanja volje. Oni su jalovi, uzme li se u obzir da se sukladno čl. 265. ZOO šutnja uzima kao prihvata neovisno o tome je li ponuđeni uopće znao ili je pak morao znati za to da mu je prispjela ponuda.<sup>67</sup> Na tome ništa ne mijenja to što se polazi od fikcije poslovnopravnog očitovanja volje budući da je spomenuti izraz lišen svake doktrinarne i teleološke kvalitete pa mu se ne može pridati nikakvo dublje značenje u pokušaju da se objasni pravno-politička pozadina čl. 265. ZOO.<sup>68</sup>

Otklanjanje poslovnopravnih postavki o očitovanju volje nije, međutim, bezuvjetno. Neće ostati ni traga privatnopravnoj autonomiji ako se i na slučajeve

<sup>65</sup> U tom smislu v. i primjere koje za primjenu čl. 265. st. 4. ZOO daju Vedriš, M./Klarić, P., op. cit. u bilj. 1, str. 130. Sa stajališta njemačkog § 362. HGB u tom smjeru v. Schmidt, K., op. cit. u bilj. 1, § 19 II str. 552.

<sup>66</sup> V., primjerice, sa stajališta austrijskog prava Bydlinski, P., *Bürgerliches Recht I Allgemeiner Teil*, 3, izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Wien, 2005, Rbr &/20. Pokušaj Bydlinskog da s poslovnopravnog stajališta obrazloži pravni temelj odgovornosti s naslova čl. 265 ZOO odgovarajućeg brisanom § 362. HGB najbolje ocrtava teškoće s kojima je takav pristup suočen. Njegovi argumenti iscrpljuju se na tezi po kojoj je tada prilično vjerojatna volja strane koja šuti da sklopi ugovor, iako ga ona tada možda i ne želi sklopiti.

<sup>67</sup> Tako prije svih Canaris, C.W., op. cit. u bilj. 1, § 23, RdN 1. U tom smjeru i Schmidt, K., op. cit. u bilj. 1, § 19 II, str. 553.

<sup>68</sup> Austrijska doktrina općenito zagovara tezu o fingiranom očitovanju volje na temelju zaštite odnosa povjerenja. V. Krejci, H., op. cit. u bilj. 1, str. 237; Gruber, M., *Handels-geschäfte*, 3, izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Wien, str. 19.

propisane čl. 265. ZOO na odgovarajući način ne primijene pravila o nevaljanosti pravnih poslova te o poboynosti zbog zablude sukladno čl. 280. ZOO.<sup>69</sup> U suprotnome bi zaštita odnosa povjerenja u okviru učenja o pravnom poslu izgubila svaki smisao. Odredba čl. 265. ZOO uklapa se u učenje o pravnom poslu jer se u konačnici na šutnju gleda kao na prihvata iako ona nije očitovanje volje.<sup>70</sup>

Nisu utemeljeni pokušaji da se čl. 265. ZOO dovede u vezu s povredom ugovornih obveza ili pak obveza obazrivosti.<sup>71</sup> To stajalište ne može objasniti zašto se s naslova čl. 265. ZOO onome tko šuti nameće odgovornost za obavljanje naloga, a ne, kao što je to slučaj s čl. 764. ZOO ili s čl. 251. ZOO, odgovornost za naknadu negativnog ugovornog odnosno pogodbenog interesa.

Odredbu čl. 265. ZOO treba tumačiti kao zakonom propisani trgovački običaj ako su pored pretpostavki iz čl. 265. ZOO ispunjene i personalne pretpostavke koje se na temelju čl. 12. ZOO zahtijevaju za primjenu trgovačkih običaja. Mogućnost da trgovački običaj bude propisan zakonom izričito otvara i čl. 12. st. 4. ZOO. Primjenjujući trgovačke običaje moguće je utvrditi ne samo izričitu nego i konkludentnu volju onih strana na čiji se odnos primjenjuje trgovački običaj.<sup>72</sup> Pomoću trgovačkih običaja mogu se tumačiti i određeni tipizirani konkludentni postupci onih ugovornih strana na čiji se odnos trgovački običaj treba primijeniti. U okviru čl. 265 ZOO šutnji treba pridati značenje očitovanja volje, i to na temelju, *nota bene*, u ZOO-u prepoznatog, ustaljenog postupanja u istim odnosno sličnim prilikama. Iako nisu ispunjene pretpostavke poslovnopravnog očitovanja volje, polazi se od privida prihvata dobivene ponude. Izjednačuje se u biti stvarno stanje i privid u slučajevima propisanim čl. 265. ZOO jer se šutnja smatra prihvatom, neovisno o tome je li ponuđeni uopće znao ili je pak morao znati za to da mu je prispjela ponuda, a to je temeljna pretpostavka redovitog poslovnopravnog očitovanja volje. Odredba čl. 265. ZOO primjer je zakonom propisane odgovornosti zbog stvaranja pravnog privida, a u širem smislu riječ je o odgovornosti na temelju odnosa povjerenja.<sup>73</sup>

<sup>69</sup> To uviđa i Canaris, C.W., op. cit. u bilj. 1, § 23, RdN 1.

<sup>70</sup> Tako i glede § 362 HGB Schmidt, K., op. cit. u bilj. 1, § 19 II, str. 555.

<sup>71</sup> Tako, pak, u njemačkom pravu glede čl. 265. ZOO odgovarajućeg § 362. HGB Fabricius, JuS 1966, str. 51/Hanau, AcP 165 (1965), str. 263.

<sup>72</sup> O tome pobliže Barbić, J., Primjena običaja u hrvatskom trgovačkom pravu, poseban otisak iz Rada Hrvatske akademije znanosti i umjetnosti, 492, knjiga XLIII, Društvene znanosti, Zagreb, 2005, str. 71.

<sup>73</sup> Riječ je o vladajućem stajalištu njemačkog prava vezano uz tumačenje § 362. HGB. V., uz navođenje drugih koji dijele to stajalište, Canaris, C.W., op. cit. u bilj. 1, § 23 I, Rbr.

Razloge za to treba tražiti u istaknutijoj potrebi trgovačkog prometa da se činjenični i pravni odnosi što hitnije razjasne, ali i u komercijalizaciji građanskog prava budući da taj trend standarde trgovačkog prometa prenosi i u građanski promet zbog potreba suvremenog pravnog i poslovnog prometa. Posljedica je da se čl. 265. ZOO primjenjuje i na građanski i na trgovački promet, a ne samo na trgovački promet, kao što je to slučaj s nekim nama poredbenim pravima.<sup>74</sup>

Nije opravdano da pripadnici slobodnih zanimanja, koji inače nisu subjekti trgovačkog prava, uživaju veću pravnu zaštitu budući da oni jednako kao i trgovci preko svog poduzeća sudjeluju u pravnom i poslovnom prometu. Štoviše, svatko tko komercijalno i profesionalno posluje mora biti spreman, barem pod okolnostima pojedinog slučaja, na primjenu strožih pravnih standarda koji se uz poduzimanje tih poslova inače vežu u trgovačkom prometu.<sup>75</sup>

### 3.5. Vrijede li obvezujući učinci s naslova čl. 265. ZOO i za stranu koja šuti?

Odredba čl. 265. st. 5. ZOO proizvodi zapravo pravne učinke ugovornog odnosa, a da pri tome nije došlo do sklapanja ugovora.<sup>76</sup> Šutnja se po analogiji smatra prihvatom jer proizvodi iste pravne učinke kao i prihvati. Objekti ugovorne strane mogu se na to pozvati, pa i ona koja je šutjela. Ponuditelj ne može birati hoće li ispuniti ugovor ili će pak od njega odustati ako se ponudeni koji

---

3. Schmidt, K., op. cit. u bilj. 1, § 19 II, također smatra da je posrijedi zakonom propisan slučaj odgovornosti na temelju odnosa povjerenja, no da zbog toga nema razloga konstruirati užu odgovornost na temelju stvaranja pravnoga privida. Schmidt zagovara da je *ratio legis* § 362. HGB zaštita sigurnosti pravnoga prometa jer ugovor nije sklopljen zbog toga što se privid smatra prihvatom, nego, upravo suprotno, zbog toga što za sklapanje ugovora nije potreban prihvati, pa sukladno tome ni privid tog prihvata. Schmidt zanemaruje da upravo zakonom postavljena konstrukcija privida čini prihvat nebitnim. Šutnja se smatra prihvatom ne zbog šutnje same po sebi, nego zbog privida odnosno pretpostavki da je to tako. Očekivanje pravnog i poslovnog prometa o kojima govori Schmidt, K., op. cit. u bilj. 1, § 19 II, str. 554, zapravo je sadržajno privid pravnog i poslovnog prometa.

<sup>74</sup> V. § 362. njemačkog HGB i § 362. austrijskog HGB.

<sup>75</sup> O tome tako s obzirom na njemačko pravo usprkos drukčijem pozitivnopravnom okviru i Canaris, C.W., op. cit. u bilj. 1, § 23 I, RdN 7, a u vezi s § 23 RdN 46.

<sup>76</sup> Tako i Schmidt, K., op. cit. u bilj. 1, § 19 II e, glede čl. 265. ZOO odgovarajućeg § 362. njemačkog HGB-a.

je šutio pozove na obvezujuće učinke ugovora.<sup>77</sup> I ponuđeni ima pravo računati na obvezujuće pravne učinke svoje šutnje. Suprotno stajalište rezultiralo bi novom pravnom nesigurnošću, a upravo je *ratio legis* odredbe čl. 265. da otkloni neizvjesnost u pogledu značenja šutnje.<sup>78</sup> Činjenica da se strana koja šuti, također, ima pravo pozvati na obvezujuće učinke šutnje sukladno čl. 265. ZOO nije suprotna konceptu odgovornosti zbog stvaranja pravnog privida i ne može sama po sebi nametnuti nekakvu autonomnu odgovornost s naslova objektivne pravne sigurnosti.<sup>79</sup>

Pitanje međusobne suprotstavljenosti odredaba čl. 258. st. 4. i čl. 265. ZOO ostaje i nadalje otvoreno. Ponuditelj je, naime, vezan svojom ponudom koju je dao odsutnoj osobi, a u kojoj nije bio određen rok za prihvatanje, samo za vrijeme koje je redovito potrebno da ponuda stigne ponuđenome, da je on razmotri i da mu stigne odgovor o prihvaćanju. Samo do proteka tog roka ponuditelj ima pravo dati ponuđenome do znanja da on više nije vezan svojom ponudom. Ne iskoristi li to svoje pravo, vezan je ugovorom jednako kao i ponuđeni koji je šutio. Ponuditelj ni u kojem slučaju ne može naknadno samovoljno mijenjati uspostavljeni ugovorni odnos. Ugovor se smatra sklopljenim i stvar na tome završava.<sup>80</sup> Kontaktirajući naknadno ponuđenoga, ponuditelj može samo razjasniti nedoumice o tome je li ugovor na snazi. Nema zapreke ni da oni naknadno sporazumno odustanu od tog ugovora, posebice svojim konkludentnim radnjama. Ponuditelj odnosno ponuđeni imaju pravo na raskid ugovora po općim pravilima o odgovornosti zbog neispunjenja tek kad jedna odnosno druga strana ne ispuni ugovorenu činidbu ni u naknadnom primjerenom roku, osim ako posrijedi nije fiksni posao. Raskid u potonjem slučaju nastupa *ex lege* ako jedna odnosno druga strana ne ispuni činidbu u ugovorenom odnosno primjerenom roku.

<sup>77</sup> Tako Canaris, C.W., op. cit. u bilj. 1, Vertrauenshaftung, str. 201; Schmidt, K., op. cit. u bilj. 1, § 19 II e aa.

<sup>78</sup> V. opširnije Canaris, C.W., op. cit. u bilj. 1, HGB Kommentar, § 362, Rbr. 18.

<sup>79</sup> Suprotno tome Schmidt, K., op. cit. u bilj. 1, § 19 II e aa, koji zagovara objektivnu zaštitu pravnoga prometa kao pravni temelj odgovornosti s naslova čl. 265. ZOO odgovarajućeg § 362. HGB.

<sup>80</sup> Canaris, C.W., op. cit. u bilj. 1, Grosskomm. HGB, 3. izdanje, § 362, Rbr. 18, priznaje, suprotno tome, ponuditelju pravo na opoziv ugovora.

### 3.6. Subjektivne pretpostavke na strani onoga tko šuti

Odgovornost za ispunjenje naloga iz čl. 265. ZOO, jednako kao i odgovornost zbog stvaranja pravnog privida općenito, ne zahtijeva da se ponuđeni poslovnopravno očitovao o svom prihvatu, nego da se šutnja može pribrojiti onome kome se odgovornost nameće. Odgovornost s naslova pravila o pravnom prividu nadomješta potrebu za izričitim ili konkludentnim poslovnopravnim očitovanjem volje. Prispijeće ponuđenoga naloga ne može se izjednačiti s poslovnopravnim očitovanjem tako da u konačnici nije bitno je li ponuđeni znao odnosno je li morao znati za to da je ponuđeni nalog prispio. Odlučujuće je da li je ponuđeni na temelju tipiziranih okolnosti pojedinoga slučaja odgovoran za ispunjenje ili *ob culpam in contrahendo*.

Zabluda o značenju šutnje u svakom slučaju nije bitna i ne može stoga otkloniti odgovornost onoga tko šuti ako su ispunjene pretpostavke koje se inače zahtijevaju na temelju čl. 265. ZOO. U suprotnome bi zakonska fikcija o šutnji kao prihvatu bila lišena svake praktične vrijednosti.

Pitanje je može li onaj tko šuti, i ako može pod kojim pretpostavkama, otkloniti svoju odgovornost za ispunjenje naloga pozivajući se na to da nije znao niti je morao znati za to da mu je prispjela ponuda jer je, primjerice, bio otputovao ili je njegov zaposlenik bacio ponudu koju je on bio dobio pisanim putem. Pobrojani slučajevi nastoje se, posebice, razriješiti odgovarajućom primjenom načela krivnje.<sup>81</sup> Ti pokušaji ponajprije se neopravdano oslanjaju na mogućnost po kojoj onaj tko šuti može izbjeći svoju odgovornost za ispunjenje na temelju čl. 265. ZOO ako odmah otkloni primljeni nalog odnosno ponudu. Nastoji se, naime, tumačiti da odmah u kontekstu čl. 265. ZOO znači isto što i bez skrivljenog zakašnjenja.

Nisu, međutim, utemeljene konstrukcije po kojima je pretpostavka odgovornosti s naslova čl. 265. ZOO skrivljena povreda tobožnje obveze ili obazrivosti da se otkloni primljena roba odnosno primljeni nalog.<sup>82</sup> Ponuđeni se ne može pozivati na nedostatak svog poslovnopravnog očitovanja ako nije

<sup>81</sup> Tako Flume, W., op. cit. u bilj. 1, § 10, 2, str. 119; Hefermehl, W., op. cit. u bilj. 1, § 362, RdN 20; Horn, N., op. cit. u bilj. 1, § 362, RdN 11; Eckert, H.-W., op. cit. u bilj. 1, § 362, RdN 23; Welter, R., op. cit. u bilj. 1, § 362, RdN 28.

<sup>82</sup> V. preciznije čl. 265. st. 3. i st. 4. ZOO. Tako, ipak, Horn, N., op. cit. u bilj. 1, § 362, RdN 11. Welter, R., op. cit. u bilj. 1, § 362, Rbr. 30, koristi se štoviše konstrukcijom o "krivnji poduzeća".



odmah otklonio primljeni nalog. Nadomještanje poslovnopravnog očitovanja odredbom čl. 265. st. 5. ZOO gubi svaki smisao ako je podloga za njezinu primjenu upravo poslovnopravno očitovanje odnosno skrivljeno propuštanje ponuđenoga da otkloni primljenu ponudu. Čemu tada uopće fikcija o tome da je sklopljen ugovor? Zar bi fikcija o sklapanju ugovora trebala biti popraćena i dodatnom fikcijom o krivnji, i to u obliku hipostaziranja "ustrojenopravnih nedostataka"?<sup>83</sup> Mjerilo hitnog otklanjanja primljene robe odnosno dobivenog naloga ne oslanja se, dakle, na krivnju kao svojevrsan oblik poslovnopravnog očitovanja, ono se tiče samo duljine roka u kojem primatelj mora otkloniti narudžbu robe odnosno nalog.<sup>84</sup> Izraz odmah iz čl. 265. ZOO ne nameće krivnju kao pretpostavku odgovornosti s naslova čl. 265. ZOO.<sup>85</sup> Odmah u smislu čl. 265. ZOO ne znači isto što i skrivljeno zakašnjenje.

Razumije se, međutim, samo po sebi da stvar ne može početi i završiti samo na tome da je ponuđeni odmah dužan otkloniti dobiveni nalog. Pitanje zašto ponuđeni nije odmah otklonio primljeni nalog ostaje dakako i nadalje bitno. Odgovornost zbog stvaranja pravnog privida nije, međutim, *de lege lata* spojiva s načelom krivnje, a to primjerice jasno potvrđuju odredbe čl. 317. ZOO ili čl. 118. ZV.<sup>86</sup> Umjesto odgovornosti po načelu krivnje prikladnije je stoga primijeniti odgovornost po načelu raspodjele rizika odnosno na odgovarajući način primijeniti pravila o odgovornosti za slučaj s naslova čl. 374. ZOO. Odgovornost

---

<sup>83</sup> Takvu kritičku opasku daje i Schmidt, K., op. cit. u bilj. 1, § 19 II d ee.

<sup>84</sup> Schmidt, K., op. cit. u bilj. 1, § 19 II, str. 558, postavlja pitanje kako će se izračunati duljina spomenutog roka ako ponuđeni ne zna za to da mu je prispjela ponuda odnosno ako zbog svoje nemarnosti nije saznao za to. Schmidt smatra da to potvrđuje slabosti Canarisova stajališta po kojem su odgovornost po načelu krivnje i po načelu rizika međusobno suprotstavljene. Nema, međutim, nikakvog računanja rokova, nalog se mora otkloniti čim ga ponuđeni primi.

<sup>85</sup> Tako glede čl. 265. ZOO odgovarajućeg njemačkom § 362. HGB Canaris, C.W., op. cit. u bilj. 1, § 23 I, RdN 5.

<sup>86</sup> Schmidt, K., op. cit. u bilj. 1, § 19 II d ff, v. i Schmidt, K., Entwicklung zum Haftungs-zurechnung im Unternehmen, u: Karlsruher Forum 1993, str. 4, smatra da odgovornost po načelu krivnje i po načelu raspodjele rizika nisu međusobno suprotstavljene. Schmidt nadalje tvrdi da se u prometu među poduzetnicima prilikom utvrđivanja odgovornosti ne može mehanički primijeniti načelo krivnje jer oni u pravnom i poslovnom prometu ne sudjeluju u pravilu neposredno, individualno, nego preko svoga poduzeća. Schmidt stoga zagovara tezu prema kojoj načelo raspodjele rizika u biti mora usavršiti i prilagoditi načelo krivnje jer je to nužno za utvrđivanje obveznopravne odgovornosti poduzetnika. Na koncu i Schmidt, dakle, dolazi na Canarisove pozicije.

po načelu rizika zapravo neutralizira činjenicu da se poduzetniku ne može po načelu krivnje pribrojiti odgovornost za vođenje njegova poduzeća.<sup>87</sup>

Odgovornost s naslova čl. 265. ZOO primijenit će se i kad primatelj nije znao za dobiveni nalog odnosno za dobivenu robu ako razloži za to leže u specifičnim rizicima njegova trgovačkog poslovanja. S druge strane, primatelj neće odgovarati s naslova čl. 265. ZOO ako je pismo u kojem je bio sadržan nalog uništeno u požaru koji je u njegovu uredu buknuo neposredno nakon što je pismo stiglo u njegov ured. Odgovornost za požar ne može se u načelu pribrojiti ponuđenome jer nije riječ o unutarnjem, nego o vanjskom događaju. Drukčije je ako ponuđeni nalog primi za to nenadležni radnik A pa zbog toga šuti nadležni radnik B. Iako se poduzeće vodi po načelu podjele rada, ono je organizacija, pa je za primjenu čl. 265. ZOO dovoljno da se prispijeće ponuđenog naloga može pribrojiti poduzetniku te da se poduzetniku kao nositelju poduzeća može pribrojiti da ga nije odmah otklonio.<sup>88</sup> Ocjena o tome tko snosi rizik ravna se na temelju idealnog ustroja poduzeća, a ne samo na temelju redovitog ustroja poduzeća.<sup>89</sup> Na temelju toga utvrđuje se je li poduzetnik trebao odmah reagirati na ponudu.<sup>90</sup>

### 3.7. Mane volje

Činjenica je da čl. 265. ZOO nameće odgovornost na temelju zakona, a ne na temelju pravnog posla. Usprkos tome mane volje treba na odgovarajući način uvažiti kad se primjenjuje i čl. 265. ZOO. Obvezujući učinci šutnje mogu se pribrojiti samo onome tko inače može obvezivati zastupanoga, a to su primjerice

<sup>87</sup> Schmidt, K., op. cit. u bilj. 1, § 19 II d ee, pogrešno polazi od toga da odgovornost po načelu rizika neutralizira činjenicu da poduzeće nema pravnu sposobnost.

<sup>88</sup> Schmidt, K., op. cit. u bilj. 1, § 19 II d ee, iako pod navodnicima, neprecizno govori o odgovornosti poduzeća umjesto o tome može li se poduzetniku pribrojiti odgovornost za propuste vezane uz vođenje poduzeća. Općenito o poduzeću kao organiziranoj pravnoj i gospodarskoj cjelini v. Barbić, J., *Pravo društava*, knjiga prva: Opći dio, 2, izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Zagreb, 2005, str. 219 i nadalje.

<sup>89</sup> Canaris, C.W., op. cit. u bilj. 1, § 23 I, Rbr. 5, polazi od trgovačke djelatnosti, trgovačkog poslovanja kao mjerila. Preciznije mjerilo je idealan ustroj poduzeća. U tom smislu v. i Schmidt, K., op. cit. u bilj. 1, § 19 II d ee.

<sup>90</sup> Ne može, naime, poduzeće reagirati na ponudu jer ono nije pravni subjekt, kako to navodi Schmidt, K., op. cit. u bilj. 1, § 19 II d ee.

članovi uprave ili prokurist nekog društva s ograničenom odgovornošću. Samo onaj tko može očitovati pravno relevantnu volju može i pravno relevantno šutjeti.<sup>91</sup> Ponuđeni može uspješno otkloniti svoju odgovornost s naslova čl. 265. ZOO ako su prisila odnosno prijevara utjecali na njegovu šutnju. Mogućnost isticanja nedostatka poslovne sposobnosti ograničena je na poduzetnike fizičke osobe, primjerice trgovce pojedince, obrtnike i osobe koje se samostalno bave slobodnim pozivima. Jednako tako primatelj može na temelju čl. 280. ZOO ili, bar pozivajući se na odgovarajući način na čl. 280. ZOO, isticati poboynost ako je pogrešno razumio sadržaj dobivenog naloga pa je zbog toga šutio. Nije, međutim, dovoljno da zabluda počiva samo na tome što je primatelj letimično i površno pročitao pismeno jer se ponuđeni poduzetnik takvom šutnjom odrekao svog prigovora zablude. Problem se stoga uopće ne rješava tumačenjem je li tada posrijedi skrivljena zabluda koja primatelju ne daje pravo isticati poboynost.<sup>92</sup> Odredba čl. 265. ZOO ne ograničava utoliko mogućnost isticanja prigovora zablude u odnosu na opći pravni režim pismena jer ni u potonjim slučajevima među poduzetnicima nije posrijedi neskrivljena zabluda, nego odricanje od prigovora zablude. Poduzetnici su u poslovnoj korespondenciji, dopisivanju općenito, dužni uvažavati strože standarde pozornosti nego što je to slučaj s osobama građanskog prava.<sup>93</sup>

### 3.8. Primjena odredbe čl. 265. ZOO izvan trgovačkog prometa

Na temelju odredbe čl. 265. ZOO šutnja se ne smatra prihvatom samo u trgovačkom prometu. Ona se primjenjuje na odgovarajući način i na sve druge osobe koje poput trgovaca sudjeluju u pravnom i poslovnom prometu preko svog poduzeća, a to su poduzetnici i osobe javnoga prava kad u poslovnom i pravnom prometu nastupaju *iure gestionis*. Odredba čl. 265. ZOO temelji se na trgovačkim običajima i očekivanjima pravnog i poslovnog prometa. Očito je da sve osobe koje profesionalno obavljaju tuđe naloge nisu izložene jednakim očekivanjima pravnog i poslovnog prometa. Narudžba romana, umjetničkog djela, ekspertiza nekog profesora ili posredovanje prilikom organiziranja turneje

<sup>91</sup> Tako i Schmidt, K., op. cit. u bilj. 1, § 19 II e bb.

<sup>92</sup> Suprotno tome, za njemačko pravo Canaris, C.W., op. cit. u bilj. 1, § 23 I, RdN 6.

<sup>93</sup> Canaris, C.W., op. cit. u bilj. 1, § 23 I, RdN 6, u tom pogledu ne pravi razliku između trgovačkog i građanskog prava.

nekog koncertnog menadžera zasigurno ne spadaju među shematske poslove koji se obavljaju na temelju naloga tako da se šutnja na ponuđene naloge tada na može smatrati prihvatom.<sup>94</sup>

#### IV. PISANA POTVRDA O SKLOPLJENOM UGOVORU ODNOSNO O NAVODNO SKLOPLJENOM UGOVORU

##### 4.1. "Pojam" pisane potvrde

U poslovnom prometu uobičajeno je da strane međusobno razmjenjuju pismena kojima potvrđuju prethodno neformalno sklopljene ugovore, pa i tobože sklopljene ugovore. Pisane potvrde dotiče se i ZOO namećući stranama izričitu ugovornu obvezu da na zahtjev svog ugovornog partnera izdaju pisanu potvrdu usmeno sklopljenog ugovora.<sup>95</sup> Strana koja zahtijeva pisanu potvrdu ugovora dostavit će drugoj strani najmanje dva primjerka potpisanog ugovora s pozivom da joj vrati primjerak pošto ga potpiše.<sup>96</sup> Ako pozvana strana u roku osam dana od primitka poziva ne preda potvrdu drugoj strani ili pošti preporučenim pismom, ova može zahtijevati da sud utvrdi postojanje ugovora i naknadu štete nastalu zbog toga što nije izdana pisana potvrda.<sup>97</sup> ZOO posebno propisuje da je ugovor sklopljen u usmenom obliku valjan iako pisana potvrda nije dana.<sup>98</sup> Otvoreno je dakle iznimno važno pitanje o tome ima li pojedino viđenje neformalno sklopljenog ugovora prednost, a ako ima, na temelju čega, barataju li ugovorne strane međusobno suprotstavljenim tumačenjima tog ugovora.

Treba razlikovati tzv. deklaratorne ili afirmativne pisane potvrde te konstitutivne pisane potvrde.<sup>99</sup> Ako pisana potvrda samo potvrđuje već sklopljeni ugovor, riječ je o deklaratornoj odnosno afirmativnoj pisanoj potvrdi. Ona nije ponuda za izmjenu ugovora, pa se na temelju nje ne očekuje nikakvo očitovanje

<sup>94</sup> Tako sa stajališta čl. 265. ZOO odgovarajućeg njemačkom § 362, HGB Schmidt, K., op. cit. u bilj. 1, § 19 II, str. 556.

<sup>95</sup> V. čl. 287. ZOO.

<sup>96</sup> Čl. 287. st. 2. ZOO.

<sup>97</sup> Čl. 287. st. 3. ZOO.

<sup>98</sup> Čl. 287. st. 4. ZOO.

<sup>99</sup> V., primjerice, Hefermehl, W., op. cit. u bilj. 1, § 343, Rbr. 107; Diederichsen, U., op. cit. u bilj. 1, str. 130; Schmidt, K., op. cit. u bilj. 1, § 19 III 3.

volje druge ugovorne strane.<sup>100</sup> Ako strane pak ugovore da njihov neformalni dogovor stupa na snagu samo ako ga one potvrde svojim pismenom, posrijedi je konstitutivna pisana potvrda. U prvom slučaju pisana potvrda služi kao puko dokazno sredstvo, a u drugom slučaju ona služi sklapanju ugovora. Obje vrste pisanih potvrda povezuje objektivno običajno pravilo po kojem one proizvode konstitutivne pravne učinke ako ih se ne ospori bez odgađanja. Ponajprije se u trgovačkom prometu ustalilo da primatelj mora bez odgađanja osporiti pismeno jer će se u suprotnome uzeti da je s njime suglasan.<sup>101</sup> Smatra se da je ugovor sklopljen u onom sadržaju u kojem ga prenosi pismeno iako šutnja ponuđenoga nije očitovanje volje. Ne ospori li primatelj pismeno, smatra se da je prihvatio ugovor, i to u onom sadržaju koji je potvrđen pismenom, osim ako ne dokaže da pošiljatelj pismena nije postupao pošteno odnosno da pismeno u toj mjeri odudara od prethodno postignutog ugovora tako da se pošiljatelj ni u kojem slučaju ne može s povjerenjem pouzdati u to da primateljeva šutnja na pismeno znači prihvrat.<sup>102</sup> I domaći sudovi utvrdili su obvezu prema kojoj strana koja od druge ugovorne strane primi potvrdu navodnog usmenog sporazuma, čiji

<sup>100</sup> Tako i Bydlinski, F., op. cit. u bilj. 1, str. 220; Schmidt, K., op. cit. u bilj. 1, § 19 III 1. d).

<sup>101</sup> V. odluku VTS RH, Pž-950/96 od 19. studenog 1996. objavljenu u Zborniku odluka Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske 1994.-2004. kao odluka pod rednim brojem 5/IV na str. 35-36. Sud se doduše neposredno poziva na primjenu odredbe čl. 42. st. 3. ZOO, a ona odgovara važećoj odredbi čl. 265. st. 3. ZOO, iako je na temelju činjenica slučaja jasno da se obvezujući učinci šutnje izvode na temelju instituta pisane potvrde, pa stoga samo posrednom primjenom čl. 42. st. 3. ZOO. Prema činjenicama slučaja stranke su održale sastanak na kojem je bilo riječi o iskrcaju soli koja je stigla iz Tunisa i o uobičajenoj cijeni od 10,80 USD po toni, koja se primjenjivala dugi niz godina. Tužitelj je pismom potvrdio usmeni dogovor, a tuženik se nije na to pismo očitovao. Budući da tuženik nije osporio odudaranje pismena od usmenog dogovora, sud je presudio kako se smatra da je ugovor sklopljen.

U tom smislu za ZOO odgovarajuće odredbe Općih uzanci za promet robom te za odgovarajuću sudsku praksu v. i Goldštajn, A., op. cit. u bilj. 1, str. 237 i str. 442.

Posrijedi je vladajuće stajalište njemačkog i švicarskog prava. Za njemačko pravo v., primjerice, Schmidt, K., op. cit. u bilj. 1, § 19 III b); za švicarsko pravo v., primjerice, presudu švicarskog Saveznog suda BGE 114 II, 250, te Gauch, P., Von der konstitutiven Wirkung kaufmännischen Bestätigungsschreibens, ZSR 1991, 177.

Austrijska sudska praksa i pravna književnost distancirale su se od primjene instituta pisane potvrde. V., primjerice, Bydlinski, F., op. cit. u bilj. 1, 335.

<sup>102</sup> Tako, primjerice, Schmidt, K., op. cit. u bilj. 1, § 19 III 1.; Huber, U., op. cit. u bilj. 1, str. 163.

sadržaj nije u skladu sa sadržajem prethodno postignutog sporazuma, ne smije šutjeti, već se u skladu s načelom savjesnosti i poštenja u prometu mora ograditi. I po sudskoj praksi može se prema okolnostima pojedinog slučaja uzeti da je sadržaj pisanog priopćenja istinit ako primatelj ne reagira.<sup>103</sup> Praksa Visokog trgovačkog suda zapravo je faktično kodificirala trgovački običaj o šutnji na pisanu potvrdu kao trgovačku uzancu.

Institut pisane potvrde danas je prerastao svoje matično autonomno trgovačko pravo te je postao sastavni dio objektivnog prava.<sup>104</sup> Trgovački običaji mogu se, naime, primjenjivati i u obveznim odnosima među ostalim sudionicima kad je njihova primjena ugovorena ili zakonom propisana.<sup>105</sup> Oslanjajući se na odredbu čl. 12. st. 4. ZOO u čl. 265. propisuje primjenu trgovačkog običaja o šutnji na dobiveni nalog i u drugim obveznim odnosima. Šira običajna primjena instituta pisane potvrde temelji se na odredbi čl. 262. st. 2. ZOO.<sup>106</sup> Učenje o pisanoj potvrdi preraslo je u pravo pisane potvrde.<sup>107</sup> Pravna pravila o pisanoj potvrdi razvila su se iz trgovačkih običaja odnosno shvaćanja trgovačkoga prometa.<sup>108</sup> Sudska praksa isprva se oslanjala samo na trgovačke običaje o pisanoj

<sup>103</sup> Riječ je o sentenciji odluke objavljene u Zbirci odluka privrednih sudova (1956), broj 1. Odluku navodi i Goldštajn, A., op. cit. u bilj. 1, str. 237 i 277, potkrepljujući time svoju tvrdnju da institut pisane potvrde korigira opće pravilo po kojemu šutnja nema učinak prihvata. Goldštajn objektivnu primjenu instituta pisane potvrde tumači kao posljedicu primjene poslovnog običaja. Nije jasno misli li samo na trgovačke ili na šire poslovne običaje.

<sup>104</sup> Flume, W., op. cit. u bilj. 1, § 36/6; Canaris, C.W., op. cit. u bilj. 1, str. 206; Schmidt, K., op. cit. u bilj. 1, § 19 III 1. b; Koller, I., op. cit. u bilj. 1, § 346, RdN 61; Horn, N., op. cit. u bilj. 1, § 346, RdN 49. Suprotno tome Bydlinski F., op. cit. u bilj. 1, str. 194; Kramer, E. A., op. cit. u bilj. 1, § 151, RdN 12.

<sup>105</sup> Čl. 12. st. 4. ZOO.

<sup>106</sup> Ponuda je, prema toj odredbi, prihvaćena i kad ponuđeni pošalje stvar ili plati cijenu te kad učini neku drugu radnju koja se na temelju ponude, prakse utvrđene između zainteresiranih strana ili **običaja** može smatrati izjavom o prihvatu.

<sup>107</sup> Tako i Schmidt, K., op. cit. u bilj. 1, § 19 III 1. b.

<sup>108</sup> Iz starije pravne književnosti v. Stražnicki, M., Predavanja iz trgovačkog prava, Zagreb, 1926, str. 216. Stražnicki zaključuje: "Bude li o nekom trgovačkom poslu sačinjena isprava, vrijedi samo ono što je u njoj sadržano; protivni ili nadopunidbeni usmeni ugovori ne važe... To je posve suglasno s trgovačkim prometnim shvaćanjem: stranke ovdje napose žele, da isprava bude jedina baza za uređenje njihovih međusobnih odnosa. " U tom smjeru razvijala se i ondašnja domaća sudska praksa, v. Winter, V., Tumač Zakonskom članku XXXVII.: 1875. i bosansko-hercegovačkom Trgovačkom zakonu s obzirom na austrijski Trgovački zakon, Osijek, 1912, str. 734.

potvrđi, no danas je institut pisane potvrde osnažen jer se temelji na obvezama obazrivosti u trgovačkom prometu. Trgovački običaji prerasli su, naime, u poslovnom prometu u obveze obazrivosti po kojima je strana koja primi pisanu potvrdu dužna odmah otkloniti njezin sadržaj jer se u suprotnom smatra da je na njega pristala.<sup>109</sup> Tome je svakako pridonijela i ustaljena sudska praksa koja se oslanjala na primjenu trgovačkih običaja. Riječ je o pravilima postupanja u poslovnim odnosima koja sudska praksa i pravna književnost preciziraju i usavršavaju. Točne konture tih pravnih pravila nisu u svakom slučaju određene jednom za svagda. Može se raspravljati o ograničenjima i o daljnjem razvoju toga pravnoga instituta, ali ne i o njegovoj načelnoj pravno obvezujućoj snazi.<sup>110</sup> Sudska praksa i pravna književnost trebaju precizirati i dalje usavršavati primjenu prava pisane potvrde budući da je ona uvijek primjenjiva na pojedini slučaj. Njihova načelna obvezatnost ne može se osporiti, iako se u svakom pojedinom slučaju može raspravljati o ograničenjima u njihovoj primjeni te o njihovu daljnjem usavršavanju. Pravnoobvezujući učinci šutnje ne izvode se *praeter legem* tumačenjem, oni imaju svoje uporište u pozitivnim propisima domaćega prava.

Potrebe suvremenog pravnog i poslovnog prometa nameću strože standarde postupanja u obveznim odnosima i drugim osobama koje poput trgovaca u prometu nastupaju preko svog poduzeća. Pravna pravila o pisanoj potvrdi ne mogu se više tumačiti kao trgovački običaji<sup>111</sup> jer je personalno područje njihove primjene šire, ne primjenjuju se samo na osobe trgovačkog prava. Riječ je o objektivnim pravilima postupanja u obveznim odnosima koja su rezultat shvaćanja suvremenog pravnog i poslovnog prometa.

Za primjenu pisane potvrde nije odlučno možemo li neko pismeno okarakterizirati kao pisanu potvrdu. Pisana potvrda nije stoga definiran pojam, ona sama po sebi ne nameće primjenu pravnih pravila. Pogrešno je govoriti o pisanoj potvrdi kao o pravnom pojmu. Upravo suprotno, objektivna pravna pravila presudna su prilikom tumačenja podliježe li pojedina pisana potvrda primjeni objektivnog materijalnog prava.<sup>112</sup> Umjesto pojmom pisane potvrde

<sup>109</sup> U tom smjeru v., primjerice, Canaris, C.W., op. cit. u bilj. 1, Vertrauenshaftung, str. 206. Tome se oštro suprotstavlja Kramer, E. A., op. cit. u bilj. 1, § 151, Rbr. 144. On smatra da je posrijedi očita kapitulacija pred zadaćom da se pravna figura pisane potvrde uvjerljivo doktrinarno objasni.

<sup>110</sup> Tako Schmidt, K., op. cit. u bilj. 1, § 19 III 1. b.

<sup>111</sup> Tako i Flume, W., op. cit. u bilj. 1, § 36/6.

<sup>112</sup> U tom smjeru i Schmidt, K., op. cit. u bilj. 1, § 19 III 3.



treba baratati institutom pisane potvrde. Pisana potvrda zapravo je oznaka tipičnog područja primjene objektivnih pravnih pravila o odgovornosti na temelju odnosa povjerenja.<sup>113</sup>

#### 4.2. *Ratio legis* instituta pisane potvrde

Pisana potvrda ima ponajprije zadaću, kao i neposredna odredba čl. 265. ZOO, osigurati sigurnost pravnog i poslovnog prometa. Iako institut pisane potvrde nije ograničen samo na trgovačke ugovore, njegova je uloga posebno istaknuta u trgovačkom poslovanju. Pravna kultura pisane potvrde posrednim putem posebno potiče neformalno sklapanje ugovora,<sup>114</sup> a to snažno pridonosi žurnosti, jednostavnosti i sigurnosti ponajprije trgovačkog prometa.<sup>115</sup> U trgovačkom pravu posebice je izražena potreba za tim da sudionici na što je moguće jednostavniji način pojasne svoja međusobna prava, obveze i rizike. Poduzetnici moraju biti načistu sa svojim pravnim i poslovnim prilikama da bi se na vrijeme mogli brinuti o svojim interesima. U trgovačkom prometu učestalo susrećemo intenzivne pregovore o sklapanju ugovora u kojima se izmjenjuje mnoštvo ponuda, protuponuda te modificiranih prihvata. Zbog užurbane komunikacije opsežna poslovnopravna prepiska ubrzo postaje nepregledna. Naknadno dolazi do trvenja među stranama o rezultatima prethodno vođenih pregovora. Pregovore treba rasteretiti svih spornih pitanja o kojima su se strane po svoj prilici suglasile odnosno koja po svoj prilici neće otežati pravni položaj druge strane. Zbog toga svako sastavljanje pisane potvrde podrazumijeva sažimanje vođenih pregovora uz navođenje spomenutih sporednih pitanja, kako ih pošiljatelj pisane potvrde vidi. Pojašnjavanje pravnog i poslovnog odnosa pisanim fiksiranjem obostrano bitnih pitanja postaje stoga očekivani standard postupanja.<sup>116</sup> To se može postići svođenjem troškova komunikacije na najmanju moguću mjeru utvrdi li jedna strana rezultate pregovora, a druga na to reagira

<sup>113</sup> Schmidt, K., op. cit. u bilj. 1, § 19 III 3, ustrajava na tome da je pojam pisane potvrde dio formuliranog normativnog sadržaja kao takvog. Teško je braniti takav koncept budući da nepisani normativni sadržaj podrazumijeva precizno zadanu doktrinarnu formulaciju. Može se dakako osporavati svaka doktrina jer nijedna nije savršena, ali ne može se zanemariti da je i pozivanje na objektivnu pravnu zaštitu zapravo doktrina.

<sup>114</sup> U tom smjeru i Huber, U., op. cit. u bilj. 1, str. 165.

<sup>115</sup> U tom smjeru i Schmidt, K., op. cit. u bilj. 1, § 19 III 1. c.

<sup>116</sup> U tom smjeru i Koller, I., op. cit. u bilj. 1, § 346, RdN 62.

samo ako ima drukčiji pogled na stvar, inače šuti.<sup>117</sup> Institut pisane potvrde ujedno snažno rasterećuje sudove od izvođenja dokaza čiji je ishod najčešće dvojben jer nameće barem sumnju u pouzdanost i vjerodostojnost iskaza koje su dali svjedoci i stranke.<sup>118</sup> Zaključak se posebice odnosi na utvrđivanje sporne volje ugovornih strana glede sporednih točaka ugovora.

Ekonomičnost pisane potvrde može donekle objasniti nastanak pravnih pravila o pisanoj potvrdi, no ni u kojem slučaju ne može dati odgovor na pitanje o normativnoj svrsi objektivnih pravnih pravila o pisanoj potvrdi.

#### 4.3. Pravna priroda pisane potvrde

Jednako kao što je sporno objasniti kako čl. 265. obvezuje, problematično je i kako doktrinarno postaviti institut pisane potvrde. Na pogrešno tumačenje upućuje već uvriježena uzrečica “sklapanje ugovora pisanom potvrdom” pa i sam izraz pisana potvrda. Pogrešno je općenito govoriti o sklapanju ugovora pisanom potvrdom budući da se pisana potvrda u najvećem broju slučajeva odnosi na već sklopljeni ugovor koji se pisanom potvrdom samo potanje sadržajno fiksira. S druge strane, izraz pisana potvrda navodi na krivi dojam da baratamo čvrstim pravnim pojmom pisane potvrde na temelju kojega bi određenu pisanu ispravu trebalo podvrgnuti pravnim pravilima o pisanoj potvrdi.<sup>119</sup> Upravo je obrnuto jer je institut pisane potvrde bitan za odluku o tome koja je pismena primatelj dužan osporiti namjerava li izbjeći obveze koje se nadovezuju na njegovu šutnju.

Doktrinarne konstrukcije o “sklapanju ugovora” šutnjom na pisanu potvrdu predmet su bogate i žestoke rasprave u poredbenim pravima.<sup>120</sup> Institut pisane potvrde nadovezuje se na odredbu čl. 265. ZOO. pa se u konačnici na odgovarajući način i ovdje ponavljaju problemi vezani uz tumačenje odredbe čl. 265. ZOO.<sup>121</sup> Rasprava o tome ne objašnjava samo zašto institut pisane potvrde objektivno obvezuje sudionike obveznih odnosa nego i kako ih obvezuje. Na temelju činjenice da institut pisane potvrde objektivno važi ne treba naprećac

<sup>117</sup> Tako Koller, I., op. cit. u bilj. 1, § 346, RdN 62.

<sup>118</sup> Tako Koller, I., op. cit. u bilj. 1, § 346, RdN 62.

<sup>119</sup> Tako Schmidt, K., op. cit. u bilj. 1, § 19 III d.

<sup>120</sup> V. literaturu navedenu u bilj. 1.

<sup>121</sup> O tome v. pobliže pod 3.4.

zaključiti da je rasprava o njezinu pravnom temelju prevladana ili, pak, da je na to pitanje konačno odgovoreno.<sup>122</sup> Na doktrinarnom planu rasprava ima itekako važnu ulogu jer otkriva nedostatke klasičnog poslovnopravnog koncepta i nudi rješenja pomoću kojih se dade opisati kako pisana potvrda obvezuje. Sigurnost pravnog i poslovnog prometa ima objektivni učinak i nadilazi pravnu zaštitu konkretnih sudionika obveznog odnosa. Ipak, kod instituta pisane potvrde zaštita sigurnosti ukupnog pravnog i poslovnog prometa ostvaruje se ponajprije preko pošiljateljeve pravne zaštite. Pošiljatelj se ima pravo pouzdati s povjerenjem u to da pošteno sastavljena pisana potvrda odražava stvarno stanje odnosno da su pošiljatelj i primatelj njome vezani. Pisana potvrda ima, dakle, zadaću nametnuti stranama odgovornost po pravilima o stvaranju pravnoga privida sukladno tipiziranom postupanju sudionika obveznih odnosa.<sup>123</sup> Na istom su tragu i pokušaji koji pisanu potvrdu stavljaju u funkciju poštovanja pravnog pravila o "*non venire contra factum proprium*".<sup>124</sup> Koncept koji pisanu potvrdu tumači kao primjer objektivne zaštite pravnog i poslovnog prometa<sup>125</sup> također nije nepremostivo suprotstavljen stajalištu koje institut pisane potvrde tumači kao poseban slučaj odgovornosti s naslova pravila o pravnome prividu.

Treba poći od toga da se pošiljatelj pisane potvrde ima pravo s povjerenjem pouzdati u to da bi primatelj pisane potvrde protestirao ako ne bi bio suglasan s pisano fiksnim sadržajem potvrde.<sup>126</sup> Jednako kao i pravni temelj odredbe čl. 265. ZOO, tako se i institut pisane potvrde najbolje može razumjeti pomoću kategorija odgovornosti zbog stvaranja pravnoga privida.

Nude se različita drukčija rješenja, od onih o šutnji kao očitovanju volje, preko onih o fikciji očitovanja volje, o povredi obveza odnosno obazrivosti.

<sup>122</sup> Suprotno tome Larenz, K./Wolf, M., op. cit. u bilj. 1, § 30, Rbr. 29.

<sup>123</sup> Tako, prije svih, Canaris, C.W., op. cit. u bilj. 1, § 23 II, RdN 9. Tome se oštro suprotstavlja Bydlinski, F., op. cit. u bilj. 1, str. 347. Polemika Bydlinskog o razvrstavanju poslovnih i trgovačkih običaja na uobičajene i tipizirane je promašena. Svi poslovni i trgovački običaji zahtijevaju, naime, tipiziranu interpretaciju pojedinih očitovanja volje, ali i drugih postupaka, među koje treba ubrojiti i šutnju. Tipizirana interpretacija je opravdana i onda kad vrijedi samo za glavninu, a ne i za sve, posebice rubne, slučajeve koji su obuhvaćeni tim tumačenjem.

<sup>124</sup> U tom smjeru Huber, U., op. cit. u bilj. 1, str. 163; slijedi ga i Schmidt, K., op. cit. u bilj. 1, § 346, RdN 143.

<sup>125</sup> Taj koncept zastupa Schmidt, K., op. cit. u bilj. 1, § 19 III 1 d).

<sup>126</sup> Diederichsen, U., op. cit. u bilj. 1, str. 135; Canaris, C.W., op. cit. u bilj. 1, str. 206; Koller, I., op. cit. u bilj. 1, § 346, RdN 62.

Pravni temelj pisane potvrde ne može se izvoditi iz navodne primateljeve obveze odnosno obazrivosti da otkloni pisanu potvrdu ne slaže li se s njezinim sadržajem. Tobožnja obveza odnosno obazrivost primatelja pisane potvrde ne uspijeva uspješno objasniti zašto primatelj odgovara za ispunjenje ugovora, a ne samo za naknadu štete prema pravilima o naknadi negativnog ugovornog interesa, ako bez odgađanja ne otkloniti pisanu potvrdu. Ne pomaže ni upućivanje na odgovarajuću primjenu odredbe čl. 265. ZOO budući da je i tumačenje spomenute odredbe ZOO prijeporno. Ta stajališta treba otkloniti zbog manje-više istih razloga zbog kojih ona nisu kadra objasniti pravni temelj odredbe čl. 265. ZOO.<sup>127</sup>

Šutnja sama po sebi nije očitovanje volje niti joj se takvo značenje može pridati. Pošiljatelj deklaratorne pisane potvrde uostalom uopće i ne očekuje primateljevo očitovanje volje jer u njoj nema nikakvih odstupanja od prethodno dogovorenog. Institut pisane potvrde nije moguće smisleno braniti ako se zanemari činjenica da šutnja nije ni očitovanje volje ni fikcija očitovanja volje. Primjena pravnih fikcija podrazumijeva nesporno utvrđeno činjenično stanje, a upravo to nije slučaj pri baratanju institutom pisane potvrde, pa je već s tog stajališta primjerenije govoriti o pravnoj predmnjevi kao rezultatu primjene instituta pisane potvrde, a na to uostalom jasno upućuje i izričita formulacija čl. 265. st. 5. ZOO: "...smatra se da je ugovor sklopljen..." Prenategnuto je stoga baratati konstrukcijom da je posrijedi propuštanje uz koje se veže sklapanje pravnoga posla iako se istodobno propuštanju osporava da je i očitovanje volje.<sup>128</sup> Riječ je naprosto o određenim prazninama poslovnopravnog koncepta koje se ne mogu prevladati ni konstrukcijama po kojima šutnju treba pribrojiti primatelju te je ona utoliko surogat pravno relevantnog očitovanja volje.

Učenje o odgovornosti na temelju odnosa povjerenja korelat je privatnopravne autonomije pa zbog toga ne sprječava odgovarajuću primjenu odredbi o pravnome poslu na institut pisane potvrde. Odgovornost na temelju odnosa povjerenja kvalificira se kao odgovornost na temelju sudjelovanja u poslovnom pravnom prometu.<sup>129</sup> Pokušaj da se institut pisane potvrde opravda objektivnom pravnom zaštitom pravnog i poslovnog prometa nije pogodan objasniti slučajeve u kojima pošiljatelj pisane potvrde ne postupa sukladno načelu savjesnosti i

<sup>127</sup> O tome v. pobliže pod 3.4.

<sup>128</sup> U tom smjeru Flume, W., op. cit. u bilj. 1, § 36/5 i § 36/7.

<sup>129</sup> Canaris, C.W., op. cit. u bilj. 1, § 23 II 1. a); Canaris, C.W., op. cit. u bilj. 1, Vertrauenshaftung, str. 439.

poštenja odnosno kad on ne zavrjeđuje pravnu zaštitu instituta pisane potvrde.<sup>130</sup> Nema nikakve nepremostive razlike između zaštite sigurnosti poslovnog prometa i odgovornosti na temelju odnosa povjerenja budući da potonja odgovornost štiti sigurnost poslovnog prometa.<sup>131</sup> Sigurnost pravnog i poslovnog prometa je prazan, beskoristan pojam ako ga se u svakom pojedinom slučaju ne oživi kategorijama povjerenja, zaštite povjerenja te pošiljateljeve poštenosti, tek tada može dobiti svoj puni smisao i zavrijediti rang pravnog standarda.<sup>132</sup>

#### 4.4. Odgovornost na temelju odnosa povjerenja u hrvatskom pravu

Hrvatsko pravo *de lege lata* uvažava odgovornost na temelju odnosa povjerenja. Pravo vrijednosnih papira može se uspješno objasniti samo pomoću pravila o odgovornosti na temelju odnosa povjerenja. Kreirajući vrijednosni papir, njegov je izdatnik stvorio pravni temelj (pravni privid) da se poštene treće osobe pouzdaju u to da je izdatnik i sam stavio vrijednosni papir u optjecaj. Poštteni stjecatelj vrijednosnog papira nema razloga posumnjati da je vrijednosni papir mimo izdavateljeve volje pušten u pravni i poslovni promet. On se ima pravo s povjerenjem pouzdati u skripturu vrijednosnog papira neovisno o tome što je stvarno stanje drukčije.<sup>133</sup>

Pravila iz čl. 118. ZV o stjecanju od nevlasnika također idu za tim. Jednako vrijedi i za pravo javnih knjiga, posebno sudskoga registra te zemljišnih knjiga. Načelo povjerenja u javne knjige i s tim povezano načelo istinitosti nužni su za uredno i neometano funkcioniranje javnih knjiga.<sup>134</sup> Odgovornost zbog stvaranja pravnoga privida objašnjava zašto opoziv punomoći i njezino sužavanje nema učinak prema trećoj osobi koja je sklopila ugovor s opunomoćenikom ili obavila drugi pravni posao, a pritom nije znala niti je morala znati da je punomoć

<sup>130</sup> Tako i Koller, I., op. cit. u bilj. 1, § 346, RdN 62.

<sup>131</sup> Tako Canaris, C.W., op. cit. u bilj. 1, § 23 II 1. a. Suprotno tome Schmidt, K., op. cit. u bilj. 1, § 19 III 1 c; Schmidt, K., op. cit. u bilj. 1, MünchKomm, § 346, Rbr. 143.

<sup>132</sup> Sam Schmidt, K., op. cit. u bilj. 1, MünchKomm § 346, Rbr. 146, 162-164, 166, ne može pobjeći od toga da usprkos svojoj tezi učestalo poseže za gore navedenim izrazima koji su karakteristični za učenje o odgovornosti na temelju odnosa povjerenja.

<sup>133</sup> U tom smjeru v. Rastovčan, P./Luger-Katušić, R., Vrijednosni papiri - mjenica i ček, 5, izmijenjeno izdanje, Zagreb, 1985, str. 11-12.

<sup>134</sup> Glede sudskog registra v. čl. 66. st. 4. Zakona o trgovačkim društvima, v. opširnije Barbić, J., Pravo društava, knjiga prva: Opći dio, Zagreb, 2006, str. 533-537.

opozvana odnosno sužena.<sup>135</sup> Institut odgovornosti *ob culpam in contrahendo* također se najbolje može objasniti sa stajališta učenja o odgovornosti na temelju odnosa povjerenja,<sup>136</sup> a i brojne obveze obazrivosti koje se pojavljuju u stadiju važenja te po prestanku ugovornog odnosa.<sup>137</sup> Obvezujući pravni učinci ponude neovlaštene osobe iz čl. 260. ZOO te šutnja ponudenoga iz čl. 265. ZOO također potvrđuju pozitivnopravnu utemeljenost odgovornosti zbog stvaranja pravnog privida. Treba prihvatiti i dobro argumentirano stajalište prema kojem se institut punomoći po zaposlenju zapravo ne temelji ni na kakvoj punomoći, nego na pravilima o odgovornosti zbog stvaranja pravnog privida.<sup>138</sup>

Pobrojani primjeri jasno potvrđuju da se i institut pisane potvrde u potpunosti uklapa u učenje o odgovornosti zbog stvaranja pravnog privida. Kritika učenja o odgovornosti zbog stvaranja pravnog privida kao pravnog temelja instituta pisane potvrde počiva na shvaćanju da pošiljatelj pisane potvrde većinom ne zavrjeđuje pravnu zaštitu jer se tako naširoko otvaraju vrata mogućim zlouporabama budući da se pošiljatelju omogućuje da naknadno izmijeni za njega nepovoljne pogodbe već sklopljenog ugovora ili da naknadno u ugovor proturi neke nove za njega povoljne klauzule.<sup>139</sup> Ponajprije Bydlinski ne može prijeći preko toga da primateljeva odgovornost za ispunjenje ugovora s naslova instituta pisane potvrde dolazi u obzir i kad je krajnje dvojben a njezina utemeljenost na odnosu povjerenja. Taj prigovor ne može osporiti objektivnu primjenu instituta pisane potvrde, no to ne znači da ga ne treba uzeti ozbiljno, on, naime, pruža dobar povod za to da sudska praksa i pravna književnost kritički preispitaju područje primjene instituta pisane potvrde.<sup>140</sup>

---

<sup>135</sup> V. čl. 317. st. 1. ZOO.

<sup>136</sup> Tako Goldštajn, A., op. cit. u bilj. 1, str. 33.

<sup>137</sup> Za bankarsku tajnu v. Miladin, P., Bankarska tajna i bankarsko obavještanje, magistarski rad (neobjavljeno), Zagreb, 1999, str. 74 i nadalje.

<sup>138</sup> Tako Barbić, J., Zapovjednik broda - opunomoćenik brodara po zaposlenju, Zbornik PFZ, 58, (1-2) 2008, str. 22 i nadalje.

<sup>139</sup> U tom smjeru v. Bydlinski, F., op. cit. u bilj. 1, Privatautonomie, str. 194; Bydlinski, F., op. cit. u bilj. 1, FS Flume, str. 342; Kramer, E. A., op. cit. u bilj. 1, § 151, Rbr. 20. Bydlinskoga kao rodonačelnika tog stajališta iscrpno kritiziraju Schmidt, K., op. cit. u bilj. 1, FS Honsell, str. 104; Schmidt, K., op. cit. u bilj. 1, § 346, Rbr. 145; Kindl, A., op. cit. u bilj. 1, str. 193.

<sup>140</sup> Tako i Canaris, C.W., op. cit. u bilj. 1, § 23 II 1, Rbr. 11.

#### 4.5. Područje primjene instituta pisane potvrde

Institut konstitutivne pisane potvrde primjenjuje se u tri matična područja.<sup>141</sup> Tada se učinci ugovora koji se inače crpe iz poslovnopravnog očitovanja volje izvode iz šutnje kao pravno relevantnog neočitovanja volje, i to glede onog sadržaja koji je fiksiran pisanom potvrdom.

##### a) Prva skupina slučajeva

U prvu skupinu spadaju slučajevi kad još nije došlo do sklapanja ugovora. Tada se pomoću instituta pisane potvrde otklanjaju poteškoće oko tumačenja pojedinih očitovanja volje. Često, naime, nije moguće pouzdano razgraničiti poziv za stavljanje ponude (*invitatio ad offerendum*), ponudu ili prihvrat ponude s prijedlogom da se izmijeni (čl. 264. ZOO) i obvezujući prihvrat koji samo konkretizira odnosno precizira već dogovoreno. Poslovna praksa je, također, opterećena tumačenjima skrivenih nesporednosti o sporednim odredbama bez kojih već sklopljeni ugovor može opstati. Nije dvojbeno da poslovni promet u svim pobrojenim slučajevima ima snažnu potrebu za tim da se konkretan pravni položaj razjasni institutom pisane potvrde. Šutnju na pisanu potvrdu treba u načelu tumačiti kao znak primateljeve suglasnosti ako su pregovori o sklapanju ugovora na koji se pisana potvrda poziva u toj mjeri uznapredovali da je više nego izvjesno da će doći do sklapanja ugovora odnosno da je uzevši u obzir

<sup>141</sup> Tako Canaris, C.W., op. cit. u bilj. 1, § 23 II, RdN 12. Canarisa slijede i Kort, M., op. cit. u bilj. 1, RdN 59; Koller, I., op. cit. u bilj. 1, § 346, RdN 67, 91, 107. S druge strane, Schmidt, K., op. cit. u bilj. 1, § 19 III, zagovara podjelu na pisanu potvrdu u širem smislu, pisanu potvrdu u užem smislu, ponudu za sklapanje ugovora koja se poziva na prethodno vođene pregovore i pisanu potvrdu dobivenog naloga. Schmidtovoj podjeli može se prigovoriti da ne vodi računa o tome da su pisana potvrda dobivenog naloga i pisana potvrda o sklopljenom odnosno navodno sklopljenom ugovoru dva pravna instituta, dva različita područja primjene, istina, istih, objektivnih materijalno-pravnih pravila. S druge strane, preširokim postavljanjem pisane potvrde u užem smislu Schmidt zanemaruje različite funkcije pisane potvrde u poslovnom prometu, usprkos tome što točno primjećuje da je za primjenu instituta pisane potvrde svejedno potvrđuje li se njome zaista već sklopljeni ugovor budući da ona uvijek cilja samo na to da potvrdi kako je pojedini ugovor već sklopljen. Podjela pisane potvrde smislenija je, naime, dade li se s obzirom na zadaće koje ostvaruje u poslovnom prometu.



okolnosti pojedinog slučaja, sazeo trenutak za sklapanje ugovora.<sup>142</sup> Jasna je analogija između ove skupine slučajeva i slučajeva obuhvaćenih odredbom čl. 265. ZOO te slučajeva šutnje na zakašnjeli prihvata.

#### *b) Druga skupina slučajeva*

Trgovačke poslove najčešće sklapaju zaposlenici koji se u poslovnom prometu ne iskazuju putem punomoći ili putem druge odgovarajuće ovlasti. Poslujući s takvim osobama, druga strana nikada nije načistu je li uopće sklopila posao. To je posebice izraženo kod distancijskog sklapanja poslova. Pravnu sigurnost u tom pogledu samo donekle pružaju odredbe čl. 56. st. 3. i čl. 43. ZTD. Osobe s kojima spomenuti radnici posluju nemaju, naime, u pravilu nikakva saznanja o tome je li osoba koja nastupa na drugoj strani uopće opunomoćena, a ako i jest, koji je sadržaj takvih punomoći. S druge strane, dužnosti radnika trgovačkog društva<sup>143</sup> ne pružaju dovoljno široku osnovu da bi partneri trgovačkih društava sa sigurnošću mogli računati na to da su dogovorili posao. Nije stoga rijetkost da trgovci, pokušavajući iskočiti iz nepovoljnih poslova, ističu da ih takvi poslovi ne obvezuju jer su ih nemarno dogovorile za to neovlaštene osobe. Poslovni promet snažno bi se zakočio zaključili se hladno da trećima ne preostaje ništa drugo nego da svaki put zahtijevaju od svoga partnera da im predoči punomoć ili da pak posluju samo s prokuristima.<sup>144</sup> Rješenje treba tražiti u institutu pisane potvrde jer je riječ o najjednostavnijem i poslovnoj praksi najbližem sredstvu. Slanjem pisane potvrde pošiljatelj stječe pravo računati s time da je sklopio ugovor s navodno zastupanim, i to sa sadržajem koji je naveo u pisanoj potvrdi,<sup>145</sup> ako druga strana ne ospori pismeno pozivajući se na to da je bila neovlašteno zastupana. Nakon što odšuti na pisanu potvrdu, primatelj pismena više ne može prigovarati da ugovor nije valjan zbog nesporazuma ili manjkave ovlasti u zastupanju.<sup>146</sup> Pisana potvrda treba,

<sup>142</sup> Canaris, C.W., op. cit. u bilj. 1, § 23 II, RdN 12; Kort, M., op. cit. u bilj. 1, § 346, RdN 59.

<sup>143</sup> V. čl. 43. ZTD.

<sup>144</sup> Prema čl. 48. ZTD ugovorna ograničenja prokure nemaju učinka prema trećima, bez obzira na to je li treća osoba za njih znala ili morala znati.

<sup>145</sup> O ograničenjima v. pobliže u poglavlju o pretpostavkama za primjenu instituta pisane potvrde pod 4.6.

<sup>146</sup> Dobar primjer za to daje Schmidt, K., op. cit. u bilj. 1, § 19 III 3 b). Tužitelj je poslao

dakako, biti poslana onome za čijeg se zastupnika takva osoba izdaje. Nisu ispunjenje pretpostavke za primjenu instituta pisane potvrde ako je ona poslana neovlaštenom zastupniku odnosno osobi s kojom je pošiljatelj pregovarao pa on na nju odsuti. Neovlašteno zastupanje mora se dati prilika da protestira i u cijelosti otkloni pisanu potvrdu.

*c) Treća skupina slučajeva*

Pisana potvrda primjenjuje se naposljetku na skupinu slučajeva u kojima sadržaj pisane potvrde odudara od prethodno postignutog dogovora. Za razliku od prethodno pobrojanih slučajeva, ovdje nije riječ o tome je li pojedini ugovor valjano sklopljen, nego o tome kakav je njegov sadržaj.<sup>147</sup> I ova skupina slučajeva opterećena je potrebom da se preciziraju i pojasne već postignuti kompleksni dogovori oko čijeg se sadržaja ugovorne strane snažno razmimoilaze. Takvi slučajevi najčešće se susreću prilikom sklapanja ugovora usmeno ili e-mailom.<sup>148</sup>

---

tuženiku sljedeće pismo o kupoprodaji nakita: "Vezano uz telefonski razgovor koji je s Vama 3. listopada vodio naš zaposlenik gospodin B. obavijestili ste nas da preuzimate našu robu koja je pohranjena u sefu štedionice H. U privitku Vam šaljem fakturu." B zapravo nije razgovarao telefonski s tuženikom, nego s njegovom pastorkom koja nije bila ovlaštena zastupati tuženika. Tuženik je usprkos tome bio dužan osporiti pismo. Na temelju ispostavljenog računa tuženik je bez daljnega mogao zaključiti da je spomenuti nakit pastorka već preuzela te da je u pismenu pošiljatelj potvrdio sklopljeni kupoprodajni ugovor odnosno pošiljateljevo viđenje stvari. Tuženika ne opravdava činjenica da on nije pregovarao s tužiteljem, već je to činila njegova pastorka koja za to nije bila ovlaštena. Tuženik je na temelju pisane potvrde i fakture morao steći dojam da tužitelj polazi od toga kako je ugovor sklopio tuženikov opunomoćenik. Tuženik je, također, iz pismena morao zaključiti da se ono nadovezuje na prethodno vođene pregovore u kojima je pošiljatelj smatrao da mu je upravo tuženik poslovni partner.

<sup>147</sup> Canaris, C.W., op. cit. u bilj. 1, § 23 II, RdN 15.

<sup>148</sup> Canaris, C.W., op. cit. u bilj. 1, § 23 II, RdN 15; Koller, I., op. cit. u bilj. 1, § 346, RdN 66.

*d) Općenito o ograničenjima u primjeni instituta pisane potvrde*

U svim pobrojenim slučajevima pisana potvrda ima važnu ulogu dokazne isprave.<sup>149</sup> U konačnici, ishod parnice ponajprije ovisi o dokazima. Ne govori se stoga zaludu da gram dokaza vrijedi u parnici više nego tona jurisprudencije. Postupovnoppravna uloga pisane potvrde ima međutim svoje uporište u materijalnom pravu. Primjena instituta pisane potvrde snažno je ograničena time što primateljeva šutnja pruža tek oborivu predmnjevu o tome da je suglasan.<sup>150</sup> Tu činjenicu nipošto ne treba bagatelizirati jer primatelj u pravilu mora dokazati da pisana potvrda odudara od faktičnog stanja i u čemu konkretno odudara. Sud neće razmatrati puku tvrdnju druge strane po kojoj stvarno stanje odudara od sadržaja pisane potvrde.<sup>151</sup>

O dopustivosti protudokaza pisanoj potvrdi sud odlučuje rukovodeći se materijalnim pravom. Dopušteno je isticati prigovor pošiljateljeve nepoštenosti. Ovisno o okolnostima pojedinog slučaja institut pisane potvrde može dodatno izgubiti na značenju. Sadržava li pisana potvrda međusobno suprotstavljena stajališta strana vezano uz odnos koji potvrđuje, pošiljatelj je jasno suočen s tim da primatelj drukčije vidi njihov međusobni odnos i ne može se pouzdati u to da primateljeva šutnja znači prihvrat. Šutnja na pisanu potvrdu može izgubiti svaku obvezujuću pravnu snagu ako na to upućuje ranija poslovna praksa uspostavljena između pošiljatelja i primatelja pisane potvrde. Zatraži li pošiljatelj u pismenu da primatelj uzvrat na njegovu pisanu potvrdu svojom pisanom potvrdom, šutnja, također, nema snagu prihvata, ali je potrebno ispitati kako je sročan pošiljateljev zahtjev za povratnim potvrđivanjem i koji je uopće njegov smisao.

Šutnja na pisanu potvrdu ne može otkloniti nesporazum među stranama ako su njihove pozicije toliko udaljene da ni izdaleka nije bilo očekivati sklapanje ugovora. Tada pisana potvrda nema neku opravdanu zadaću, nego svjedoči o pošiljateljevoj nepristojnosti i bezobraztini na koje se primatelj nije dužan ni osvrnuti, a kamoli ih osporiti.<sup>152</sup>

<sup>149</sup> Tako i Horn, N., op. cit. u bilj. 1, § 346, RdN 49.

<sup>150</sup> Canaris, C.W., op. cit. u bilj. 1, § 23 II 4, ne ulazi u postupovnoppravno značenje pisane potvrde. Zadržava se na tvrdnji da primateljeva šutnja pruža oborivu predmnjevu o tome da je primatelj suglasan.

<sup>151</sup> Tako i Schmidt, K., op. cit. u bilj. 1, § III 6.

<sup>152</sup> Tako Canaris, C.W., op. cit. u bilj. 1, § 23 II 23; Schmidt, K., op. cit. u bilj. 1, § 19 III b.

Šutnja na pisanu potvrdu ne može osnažiti poslove koje poduzima *falsus procurator* ako on do tada nikada nije bio opunomoćen pregovarati za neovlašteno zastupanoga niti je imao bilo kakve slične ovlasti da stupi u poslovnopravni kontakt s trećima.<sup>153</sup> Tada nije ni najmanje vjerojatno da bi neovlašteno zastupani mogao odobriti posao koji je navodno za njega sklopio *falsus procurator*. Neovlašteno zastupanome nije primjereno nametnuti takav rizik.

#### 4.6. Pretpostavke primjene instituta pisane potvrde

Svi slučajevi u kojima može doći do primjene instituta pisane potvrde snažno su izloženi najrazličitijim zlouporabama. Nije svakoj pisanoj potvrdi ugovora svojstvena, imanentna pravna zaštita na temelju odnosa povjerenja. Zaštita povjerenja spada u fluidne pravne kategorije, nije moguće unaprijed općenito reći što jest, a što nije vrijedno pravno zaštićenog pouzdanja s povjerenjem. Ne barata se stoga pojmom pisane potvrde, nego institutom pisane potvrde čija pravila neprekidno uspostavljaju sudska i poslovna praksa te pravna književnost. Ma koliko se trudili dati praktično uporabljiv pojam pisane potvrde, on nam ne može pružiti odgovor na pitanje kada pružiti pravnu zaštitu primatelju. Povjerenje je lako izigrati pa stoga treba postaviti čvrste pretpostavke za primjenu instituta pisane potvrde. Pošiljatelju pisane potvrde treba pružiti pravnu zaštitu samo ako je to opravdano s obzirom na okolnosti pojedinog slučaja. Pravo mora što jasnije i preciznije postaviti tipizirane skupine slučajeva u kojima treba pružiti pravnu zaštitu s naslova pravila o odgovornosti na temelju odnosa povjerenja. Tumačenju pojedinog slučaja treba pristupiti teleološki uvijek iznova provjeravajući je li pošiljatelj zavrijedio pravnu zaštitu s naslova instituta pisane potvrde.

Pisana potvrda mora biti sročena nedvosmisleno i jasno. U načelu dopuštena je i potvrda napisana na jeziku koji se razlikuje od onoga na kojem su vođeni pregovori ako je to među stranama bilo uobičajeno ili ako primatelj vlada tim jezikom.<sup>154</sup> Pošiljateljeva volja da se potvrdi već sklopljeni ili navodno sklopljeni ugovor mora proizlaziti iz pismena.<sup>155</sup> Bespredmetno je baratati institutom

<sup>153</sup> Tako Canaris, C.W., op. cit. u bilj. 1, § 23 II 23; Petersen, J., op. cit. u bilj. 1, str. 692.

<sup>154</sup> Tako Schmidt, K., op. cit. u bilj. 1, § 19 III 4.

<sup>155</sup> Tako i Hefermehl, W., op. cit. u bilj. 1, § 346, RdN 116; Canaris, C.W., op. cit. u bilj. 1, § 23 II 3; Schmidt, K., op. cit. u bilj. 1, § 19 III 4; Horn, N., op. cit. u bilj. 1, § 346, RdN 51.

pisane potvrde ako pošiljatelj njome jasno ne potvrđuje ugovor. Nižu li se u pismenu samo činjenice, a da iz njih ne stoji pošiljateljeva volja potvrditi već sklopljeni ili navodno sklopljeni ugovor, riječ je o pukom dokumentiranju dotadašnjeg poslovnog odnosa. Prijedlozi dodatnih pogodbi nisu nikakve pisane potvrde, nego izmijenjene ponude. Potvrđuje li pismeno primjenu općih uvjeta poslovanja, pošiljateljeva volja mora biti izričito usmjerena i prema njihovoj primjeni. Ipak, i pismenu samo priklopljeni opći uvjeti poslovanja primjenjuju se ako je to u pojedinom slučaju opravdano, posebice ako je to uobičajeno u određenim branšama.<sup>156</sup>

Institut pisane potvrde primjenjuje se samo ako pošiljatelj pismenom upoznaje primatelja o tome kako on vidi ugovor koji su međusobno sklopili. Pismeno može odražavati i pošiljateljevo stajalište o tome je li ugovor o kojem je pregovarao s primateljem uopće sklopljen. U svakom slučaju, pismeno mora na primatelja ostaviti objektivan dojam o tome da njegov pošiljatelj ima namjeru sažeti rezultate vođenih pregovora odnosno dati svoje viđenje barem bitnog sadržaja sklopljenog ugovora ili navodno sklopljenog ugovora. Promašeno je, naime, štiti pošiljateljevo povjerenje u to da je sklopljen ugovor te da je njegov sadržaj prikazan u pismenu na koje je primatelj odšutio ako ni sam pošiljatelj u pismenu nije jasno izrazio svoje uvjerenje o tome da je ugovor sklopljen. Nije prikladno pomoću takvih pismena uspostaviti ugovorni sadržaj jer se to izravno kosi sa zadaćama koje u pravnom i poslovnom prometu ispunjava pisana potvrda. Spomenuto obilježje instituta pisane potvrde odlučno je prilikom razgraničenja instituta pisane potvrde i u praksi učestale pisane potvrde dobivenog naloga. Proizlazi da pismeno konačno postavlja sklopljeni ugovor ili navodno sklopljeni ugovor. Otklanja li pisana potvrda prijedloge koje je primatelj dao u pregovorima, posrijedi je jasan znak o tome da pošiljatelj konačno postavlja sklopljeni ugovor ili navodno sklopljeni ugovor. Pisana potvrda nije stoga ovisna o mogućoj primateljevoj protupotvrdi. Moli li pošiljatelj primatelja da mu na njegovu pisanu potvrdu uzvрати svojom protupotvrdom, pravni učinci primateljeve šutnje ovise o tome koje značenje protupotvrda daje pisana potvrda.<sup>157</sup>

Nema mjesta primjeni instituta pisane potvrde ako je primatelj otprije pridržao sebi pravo prihvatiti ugovor isključivo pisanim putem. Pisana potvrda može se tada tumačiti kao pošiljateljev prihvāt primateljeve ponude.<sup>158</sup>

<sup>156</sup> Schmidt, K., op. cit. u bilj. 1, § 19 III 4.

<sup>157</sup> Schmidt, K., op. cit. u bilj. 1, § 19 III 4.

<sup>158</sup> Horn, N., op. cit. u bilj. 1, § 346, RdN 50.

Potrebno je da pisana potvrda prisprije primatelju. Pošiljalatelj pisane potvrde snosi teret dokaza da je pismeno prispjelo primatelju.<sup>159</sup> Kao oblik pošiljalateljeva očitovanja volje pismeno prispijeva primatelju čim dospije u njegovu sferu utjecaja, a prema uobičajenim okolnostima može se računati s tim da je primatelj morao ili mogao saznati da je pismeno prispjelo. Nije odlučno je li primatelj zaista i znao je li pismeno prispjelo. Primatelju stoga ne koristi uspije li dokazati da je pismeno primio za vrijeme kolektivnog godišnjeg odmora.<sup>160</sup> Jednako tako primatelju pravnoj osobi odnosno poduzetniku ništa ne pomaže uspije li dokazati da je njegov radnik ili zastupnik pismeno uništio odmah po prispijeću. Prispijee pisane potvrde primatelju mora uslijediti neposredno nakon što strane sklope ili navodno sklope ugovor.<sup>161</sup> Primatelj u suprotnome ima pravo staviti *ad acta* posao te stoga nije dužan otkloniti pisanu potvrdu tog ugovora.

Pisanoj potvrdi ne moraju nužno prethoditi pregovori kako se to često ističe.<sup>162</sup> Ugovor se može sklopiti trenutačno bez ikakvih prethodnih pregovora. Posebice u takvim slučajevima promptnog, uglavnom neformalnog sklapanja ugovora institut pisane potvrde igra dragocjenu ulogu glede uklanjanja spomenutih dvojbi o pitanju je li ugovor sklopljen, kakav je njegov sadržaj te jesu li prilikom njegova sklapanja sudjelovale za to ovlaštene osobe. Razumije se samo po sebi da se pisana potvrda uvijek tiče pojedinog očitovanja volje, ona se nikada ne može davati “na prazno”.

Pogrešno je stvorena i određena predodžba o tome da je institut pisane potvrde isključivo vezan uz usmeno sklapanje ugovora, posebice telefonom, razmjenom telefaksa, a u novije doba i e-maila.<sup>163</sup> Nema razloga uskratiti primjenu instituta pisane potvrde ako je na usmenu ponudu dano pisano očitovanje o prihvatu. Nejasnoće o sadržaju dogovora očite su ako pisano dani prihvati sadržava formulacije kao što su: “Suglasan sam s Vašom telefonskom ponudom od ...”<sup>164</sup> Institut pisane potvrde može štoviše biti od koristi i kad

<sup>159</sup> Tako i Barbić, J., op. cit. u bilj. 1, str. 5, vezano uz njemačku sudsku odluku objavljenu u BGHE 1978, str. 232-235. V. i Schmidt, K., op. cit. u bilj. 1, § 19 III 4. b).

<sup>160</sup> Schmidt, K., op. cit. u bilj. 1, § 19 III 4. b).

<sup>161</sup> Tako i Barbić, J., op. cit. u bilj. 1, str. 5, vezano uz njemačku sudsku odluku objavljenu u BGHE 1978, str. 232-235. V. i Canaris, C.W., op. cit. u bilj. 1, § 23 II 3, RdN 18; Schmidt, K., op. cit. u bilj. 1, § 19 III 4. b).

<sup>162</sup> Kritički o tome v. Canaris, C.W., op. cit. u bilj. 1, § 23 II, RdN 19.

<sup>163</sup> Kritički o tome posebice Canaris, C.W., op. cit. u bilj. 1, § 23 II, RdN 20.

<sup>164</sup> Tako Canaris, C.W., op. cit. u bilj. 1, § 23 II, RdN 20.

se i ponuda i prihvata daju pisanim putem.<sup>165</sup> Sažimanje i pojednostavnjivanje pisanom potvrdom i tada je od značenja jer može olakšati pregled opsežnog poslovnog dopisivanja i značenje nepreciznih izraza.

Pošiljatelj pisane potvrde snosi, dakle, teret dokaza i da je pismeno pravodobno prispjelo primatelju. Primatelj nije dužan otkloniti pisanu potvrdu ako ona vremenski kaska za sklapanjem ili navodnim sklapanjem ugovora. Ima se pravo pouzdati u to da je stvar riješena te da je stoga suvišna svaka daljnja komunikacija s pošiljateljem. Da bi pošiljatelj ostvario prava s naslova pisane potvrde, treba poduzeti sve kako bi očuvao odnos povjerenja s primateljem. Pošiljatelj upravo suprotno tome narušava odnos povjerenja oteže li sa slanjem pisane potvrde, pa je opravdano uskratiti mu pravo da se s povjerenjem pouzda u primateljevu šutnju.

Institut pisane potvrde ima znatno šire područje primjene u slučajevima konkretiziranja i dopunjivanja prethodno sklopljenih ugovora.<sup>166</sup> Kod telefonskog sklapanja ugovora često nije ni moguće izričito utvrditi sporedne ugovorne odredbe. Dopunjivanje ugovora institutom pisane potvrde ne treba izazivati bojazan ako sporedne pogodbe iz pisane potvrde ne odskaču od uobičajenog i ako nisu proturječne ostatku ugovora kao i prethodno vođenim pregovorima.<sup>167</sup> Šutnjom na pisanu potvrdu ugovora o kupoprodaji rabljenog vozila moguće je, primjerice, isključiti pošiljateljevu odgovornost za materijalne nedostatke.<sup>168</sup>

Da bi šutnja na pisanu potvrdu otklonila nedostatke neovlaštenog zastupanja, potrebno je da se ispune dodatne objektivne pretpostavke neovisno o subjektivnim pretpostavkama na strani primatelja i pošiljatelja. Pošiljatelj se nema pravo pouzdati u to da primateljeva šutnja nadomješta nedostatak u zastupanju odnosno odobrenje posla od neovlašteno zastupanoga ako razumno nije mogao računati s time da će primatelj uočiti nedostatke u zastupanju čim primi pisanu potvrdu.<sup>169</sup> Praktična važnost spomenutog mjerila najistaknutija je prilikom urednog adresiranja pisane potvrde. Pošiljatelj ne zavrjeđuje zaštitu na temelju odnosa povjerenja i ne može se pouzdati u to da šutnja na pisanu potvrdu otklanja nedostatke u zastupanju adresira li pismeno "na ruke" upravo onog s kim je sklapao ugovor budući da otpočetak treba računati s tim da

<sup>165</sup> Tako Canaris, C.W., op. cit. u bilj. 1, § 23 II, RdN 21.

<sup>166</sup> Tako Canaris, C.W., op. cit. u bilj. 1, § 23 II, RdN 26.

<sup>167</sup> Tako Canaris, C.W., op. cit. u bilj. 1, § 23 II, RdN 26.

<sup>168</sup> Tako BGH NJW 1966, 1070; Canaris, C.W., op. cit. u bilj. 1, § 23 II, RdN 26.

<sup>169</sup> Canaris, C.W., op. cit. u bilj. 1, § 23 II, RdN 29.



neovlašteno zastupani neće otkriti nedostatke u zastupanju. Da bi zavrijedio zaštitu na temelju odnosa povjerenja, pošiljatelj mora pismeno adresirati na neovlašteno zastupanoga, a ne “na ruke” *falsus procurator*.<sup>170</sup>

Nedostaci u zastupanju ne mogu se otkloniti ni ako pošiljatelj telefakсом pošalje pisanu potvrdu, a ne naslovi je na upravu neovlašteno zastupanoga, prokurista ili druge za to inače ovlaštene osobe.<sup>171</sup> Ni u tom slučaju pošiljatelj ne može računati s tim da će neovlašteno zastupani otkriti nedostatke u zastupanju, primjerice svog trgovačkog opunomoćenika ili svog radnika koji nije imao nikakve ovlasti da ga zastupa. Primljene faksove razvrstavaju službe koje u pravilu nemaju saznanja o tome da telefaks potvrđuje sklopljeni ugovor ili navodno sklopljeni ugovor.<sup>172</sup> Dvojbeno je treba li poduzetnicima nametnuti spomenuti rizik uzme li se u obzir masovnost i brzina kojom se izmjenjuje poslovno dopisivanje telefakсом. Treba li ići toliko daleko pa primijeniti različita mjerila za manja i veća poduzeća?<sup>173</sup> Posrijedi je odmjerenje međusobno suprotstavljenih propusta s namjerom da se rizik prevale na onoga čiji je propust veći. Pošiljatelj je, s jedne strane, propustio pravilno adresirati pismeno, a primatelj je propustio ustrojiti svoje poduzeće tako da pisanu potvrdu naposljetku zaista i primi inače za to ovlaštena osoba. Da bi otklonili nesigurnosti oko primjene instituta pisane potvrde, pošiljateljima je, u svakom slučaju, preporučljivo adresirati pisanu potvrdu na upravu, prokurista ili na drugu za to ovlaštenu osobu. Nije, međutim, uvjerljiva tvrdnja da je pravilno naslovljivanje, adresiranje nužna pretpostavka za primjenu instituta pisane potvrde glede otklanjanja nedostataka u zastupanju, pa ni uz rezervu prema manjim poduzećima.

#### 4.6.1. Pripisivanje šutnje primatelju pisane potvrde

Primateljeva zabluda o značenju šutnje na pisanu potvrdu nije bitna jer bi u suprotnome čitav institut pisane potvrde bio doveden u pitanje. Šutnja na

<sup>170</sup> Canaris, C.W., op. cit. u bilj. 1, § 23 II, RdN 30. Suprotno stajalište imaju Schmidt, K., op. cit. u bilj. 1, § 346, RdN 152; Koller, I., op. cit. u bilj. 1, § 346 RdN 167.

<sup>171</sup> Canaris, C.W., op. cit. u bilj. 1, § 23 II, RdN 31.

<sup>172</sup> Tu, dakle, u načelu nije bitno znaju li oni za to jer su posrijedi tipizirana tumačenja odnosno oborive pravne predmnjeve. U određenim konkretnim slučajevima ni tim laicima ne može se odreći saznanje o primjeni obvezujućih pravnih učinaka šutnje. Tumačenje u konačnici ovisi o konkretnom ustroju poduzeća.

<sup>173</sup> U tom smjeru Canaris, C.W., op. cit. u bilj. 1, § 23 II, RdN 31.

pisanu potvrdu obvezuje primatelja neovisno o tome je li znao da mu je prispjela pisana potvrda. Primateljeva odgovornost ne može se pribrojiti njegovoj krivnji,<sup>174</sup> ali ni pukoj činjenici da mu je pisana potvrda prispjela. Treba poći od toga može li se šutnja na pisanu potvrdu pribrojiti primatelju, pri čemu je bitno ispitati snosi li primatelj poduzetnički rizik zbog toga što nije imao saznanja o tome da mu je prispjela pisana potvrda. Uzima se u obzir idealan ustroj poduzetnikova poduzeća.<sup>175</sup>

Mjerilo je posebno primjenjivo ako se primjenom instituta pisane potvrde nadomještaju nedostaci u zastupanju. Ponovo je bitno je li pismeno primio samo *falsus procurator* i bacio ga ili ga na neki drugi način zatajio osobama koje su bile ovlaštene na zastupanje. Prijeđe li primatelj kao neovlašteno zastupani šutke preko pisane potvrde, pripisuje mu se odgovornost ako pismeno nije bilo adresirano samo na *falsus procurator*, nego općenito na poduzetnika kojeg pošiljatelj drži svojim partnerom, a *falsus procurator* inače po zakonu ima neograničene ovlasti da zastupa poduzetnika. O tome je ponajprije riječ ako je *falsus procurator* član uprave koji je društvo ovlašten zastupati samo zajedno sa svim ili nekim preostalim članovima uprave (skupno ili modificirano skupno zastupanje) odnosno ako je *falsus procurator* prokurist koji je društvo ovlašten zastupati samo zajedno s nekim članom uprave (nepravo skupno zastupanje).<sup>176</sup>

Zaključak o tome ne treba izvoditi iz činjenice da je za radnje pasivnog zastupanja dovoljno da izjava volje, pa tako i pisana potvrda, prispije bilo kojem članu uprave odnosno prokuristu koji je društvo po statutu odnosno društvenom ugovoru ili izjavi o osnivanju ovlašten zastupati samo zajedno s članom uprave. Nije, dakle, odlučno samo to je li pismeno zaista i prispjelo pošiljatelju. Odlučujuće je da članovi organa imaju sadržajno neograničenu ovlast da skupno zastupaju društvo. Posrijedi je pitanje poduzetničke odgovornosti za ustroj poduzeća. Primjerenije je u načelu poduzetniku nametnuti rizik da članovi organa i spomenuti prokuristi upoznaju ostale članove uprave s činjenicom da je stigla pisana potvrda. Unutarnja je stvar društva hoće li i kako će

<sup>174</sup> Suprotno tome, pak, Flume, W., op. cit. u bilj. 1, § 36, Rbr. 7; Schmidt, K., op. cit. u bilj. 1 MünchKomm, § 346, Rbr. 167.

<sup>175</sup> Canaris, C.W., op. cit. u bilj. 1, § 23 II, RdN 35, neprecizno barata konstrukcijom o idealnom ustroju poduzetnikova poslovanja, umjesto poduzeća, slijedi ga i Koller, I., op. cit. u bilj. 1, § 346, RdN 74b. Kritički o tome i sa stajališta poslovanja i sa stajališta poduzeća Kramer, E.A., op. cit. u bilj. 1, § 119, RdN 68.

<sup>176</sup> Tako i Canaris, C.W., op. cit. u bilj. 1, § 23 II, RdN 36; Kort, M., op. cit. u bilj. 1, § 346, RdN 72.

osigurati da se i ostali članovi uprave upoznaju s činjenicom da je stigla pisana potvrda. Upućuju li na to okolnosti pojedinog slučaja, pravilo treba ustuknuti pred strožim zahtjevima pošiljateljeve savjesnosti i poštenja, posebice ako su pošiljatelj i *falsus procurator* u dosluhu.

Samo iznimno neovlašteno zastupanje treba pripisati šutnju na pisanu potvrdu adresiranu na osobu koja ga uopće nije ovlaštena zastupati ili ga je samo ograničeno ovlaštena zastupati. Za to je nužno da takva osoba inače u okviru svog djelokruga prima poslovna pisma za svog poslodavca, pa i konkretno pisane potvrde sklopljenih ugovora ili navodno sklopljenih ugovora. Nije, naime, razumno očekivati da posebice dionička društva i društva s ograničenom odgovornošću osposobe posebne službe koje će sva takva pisma razvrstati čim stignu te ih bez odgađanja prosljeđivati upravi odnosno za to inače ovlaštenim osobama. Kako stvari stoje, poduzetnici nisu kadri vladati tim rizikom. Pošiljatelj stoga treba poduzeti daljnje korake kako bi dočekaо pravnu zaštitu, adresirati pismo na organ ovlašten zastupati društvo ili na prokurista.

Bitna zabluda, prijevara i prijetnja uzimaju se u obzir jednako kao i u odnosu na čl. 265. ZOO ako bi se primjenjivali i kod odgovarajućeg izričitog očitovanja volje. Primatelj koji šutke prijeđe preko pisane potvrde ne može otkloniti svoju odgovornost ističući da je zabludom pošao od toga da se sadržaj pisane potvrde podudara s rezultatima prethodno vođenih pregovora.<sup>177</sup> Riječ je o pukoj zabludi u motivu koja nije bitna, pa stoga ne ispričava primatelja pisane potvrde.<sup>178</sup> Primatelj može isticati da je pogrešno razumio sadržaj pisane potvrda pa je utoliko riječ o bitnoj primateljevoj zabludi. Zahtijeva se samo da adresat dozna za pisanu potvrdu. Zabluda tada može biti bitna, ali ne i ako ju je primatelj skrivio, primjerice tako što ju je tek letimično pročitao jer je inače primatelj pravni položaj jednak pravnom položaju primatelja pisane ponude.<sup>179</sup> Adresat ne može na odgovarajući način pobijati “posao sklopljen” šutnjom na pisanu potvrdu ako pismo uopće nije pročitao budući da se zbog spomenutog razloga

<sup>177</sup> Canaris, C.W., op. cit. u bilj. 1, § 23 II, RdN 38; Koller, I., op. cit. u bilj. 1, § 346, RdN 121.

<sup>178</sup> Canaris, C.W., op. cit. u bilj. 1, § 23 II, RdN 38. Hopt, K.J., op. cit. u bilj. 1, § 346, RdN 33, smatra da je riječ o zabludi oko nastupanja pravnih posljedica koja, također, nije bitna.

<sup>179</sup> Suprotno tome Canaris, C.W., op. cit. u bilj. 1, § 23 II, RdN 38; Kort, M., op. cit. u bilj. 1, § 346, RdN 73. Gornje stajalište dijele u konačnici i Schmidt, K., op. cit. u bilj. 1, § 19 III 6 c; Flume, E., op. cit. u bilj. 1, § 36, RdN 7; Kramer, E. A., op. cit. u bilj. 1, § 119, RdN 69; Horn, N., op. cit. u bilj. 1, § 346, RdN 58.

ne može pobijati ni posao koji je sklopljen po općim pravilima o poslovnopravnom očitovanju volje kao u slučaju potpisivanja pisane isprave koju adresat, također, nije ni pročitao. Tada, naime, nije riječ o dostatno jasno očitovanoj volji koja bi rezultirala pobožnošću ugovora, nego o pukim pretpostavkama i nagađanjima koja nisu predmet pravne zaštite s naslova odredaba ZOO-a o zabludi.<sup>180</sup> Ako nema dovoljno jasno određene volje, ne može se govoriti ni o manama volje.

#### 4.6.2. Subjektivne pretpostavke na strani pošiljatelja i problem dobre vjere

Na strani pošiljatelja zahtijeva se dobra vjera glede karaktera šutnje kao znaka o suglasnosti.<sup>181</sup> Zahtjev je opravdan uzme li se u obzir da je cjelokupan institut pisane potvrde slučaj odgovornosti na temelju odnosa povjerenja. Kao i inače, podrazumijeva se pošiljateljeva dobra vjera. Treba uzeti da pošiljatelj nije bio u dobroj vjeri makar je sam sastavio pisanu potvrdu i pri tome je bio u dobroj vjeri ako njegovi zastupnici i drugo pomoćno osoblje nisu bili u dobroj vjeri.<sup>182</sup> Ne zahtijeva se namjera, dovoljna je pošiljateljeva nepažnja. Treba praviti razliku prilikom primjene mjerila pošiljateljeve dobre vjere s obzirom na tri spomenute skupine instituta pisane potvrde.

a) Pitanje pošiljateljeve dobre vjere uglavnom se ne postavlja u slučajevima kad ugovor još nije sklopljen odnosno kad sadržaj pisane potvrde odudara od sadržaja sklopljenog ugovora. Nedostaje objektivna pretpostavka zaštite odnosa povjerenja ako sklapanje ugovora ni izdaleka nije okončano i ako su odstupanja sadržana u pisanoj potvrdi u toj mjeri izražena da pošiljatelj ni u kojem slučaju ne može razumno računati s tim da primatelj svojom šutnjom odobri takva odstupanja.<sup>183</sup> Pitanje pošiljateljeve dobre vjere postavlja se, dakle, sasvim iznimno ako pošiljatelj na temelju okolnosti pojedinog slučaja zna ili mora znati da primateljova šutnja ne znači prihvrat unatoč visokom stupnju

<sup>180</sup> Tako Canaris, C.W., op. cit. u bilj. 1, § 23 II, RdN 39.

<sup>181</sup> V. Barbić, J., *Pravo društava Opći dio*, Zagreb, 2, izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Zagreb, 2006, str. 27, na odgovarajući način glede odgovornosti zbog stvaranja pravnog privida kod punomoći po zaposlenju. "Zaštititi treba treće osobe koje su u dobroj vjeri. Zbog toga ovlast opunomoćenika po zaposlenju prestaje ako treća osoba zna da takve ovlasti nema."

<sup>182</sup> Canaris, C.W., op. cit. u bilj. 1, § 23 II, RdN 40.

<sup>183</sup> Canaris, C.W., op. cit. u bilj. 1, § 23 II, RdN 41.

usuglašenosti oko sklapanja ugovora odnosno usprkos odstupanjima u pisanoj potvrdi od prije dogovorenog koja bi se inače mogla uzeti u obzir.<sup>184</sup>

b) Pošiljateljeva dobra vjera važnija je u slučajevima kad institut pisane potvrde nadomješta nedostatke u zastupanju. Zaključak se temelji na činjenici da primatelj kao zastupani snosi odgovornost za šutnju iako nije ni znao da mu je stigla pisana potvrda jer ju je *falsus procurator* bacio. Pošiljatelj ne uživa pravnu zaštitu ako je, primjerice, znao ili morao znati za to da je u ugovornoj ispravi krivotvoren potpis drugoga člana uprave koji je društvo ovlašten zastupati skupno s prvim. Jednako tako pošiljatelj ne uživa pravnu zaštitu ako je znao ili morao znati da je osoba kojoj je upućena pisana potvrda ponovo član uprave koji je društvo ovlašten zastupati samo zajedno s ostalim članovima uprave prekoračila svoje ovlasti zastupanja i da je moguće ili štoviše vjerojatno uništila pisanu potvrdu.<sup>185</sup>

Pošiljateljeva dobra vjera može se često dovesti u pitanje u slučajevima skupnog zastupanja. Ovlast skupnog zastupanja, posebice članova uprave i prokurista, upisuje se u glavnu knjigu sudskog registra i sukladno načelu istinitosti i povjerenja u stanje sudskog registra proizvodi materijalnopravne učinke glede poštenih trećih osoba koje su se pouzdale u stanje sudskog registra.<sup>186</sup> Čini se da sa spomenutog stajališta pošiljatelj pisane potvrde ni u kojem slučaju nije u dobroj vjeri šalje li pismeno članu uprave ili prokuristu jer su oni već na temelju uvida u sudski registar ovlašteni društvo zastupati samo skupno odnosno zajedno s preostalim članovima uprave. Dojam može biti samo jači uzme li se obzir da je pošiljatelj tada sa spomenutim osobama prethodno bio i u poslovnom kontaktu glede kojega i šalje pisanu potvrdu. Dodatan je problem kako tretirati pismeno koje pošiljatelj uputi opozvanim članovima uprave ili prokuristima. Dvojbeno je, međutim, treba li tada primijeniti odredbu čl. 66. st. 3. ZTD ili pak prednost ima posebna odredba čl. 317. st. 1. ZOO koja je uostalom i ključna za primjenu instituta odgovornosti na temelju odnosa povjerenja. Opravdanije je zauzeti stajalište po kojem i tada u načelu treba primijeniti pravila o šutnji na pisanu potvrdu. Pošiljatelj, ipak, ovisno o vrsti i opsegu posla mora provjeriti stanje upisa u sudski registar i osobno kontaktirati ostale osobe koje su ovlaštene skupno zastupati društvo

<sup>184</sup> Canaris, C.W., op. cit. u bilj. 1, § 23 II, RdN 41.

<sup>185</sup> Canaris, C.W., op. cit. u bilj. 1, § 23 II, RdN 41.

<sup>186</sup> V. čl. 66. st. 3. ZTD.

jer u suprotnome pošiljatelj nije u dobroj vjeri.<sup>187</sup> Treće ni u kojem slučaju ne treba općenito obvezati da tako postupaju. Oni se ponajprije zbog masovnosti poslovnog prometa u načelu trebaju pouzdati u to da spomenuti članovi uprave ili prokuristi imaju internu suglasnost ostalih članova uprave koji su skupa s njima ovlašteni zastupati društvo.<sup>188</sup>

Dovoljna je obična nepažnja, da pošiljatelj zna ili mora znati za ograničenja u zastupanju, ne traži se gruba nepažnja. Već u slučaju obične nepažnje pošiljatelj se ne može pouzdati u to da primateljeva šutnja ima učinak prihvata. Opravdanje za to treba tražiti u odgovarajućoj primjeni čl. 317. st. 2. ZOO i čl. 56. st. 3. ZTD jer i spomenute odredbe štite poštene treće osobe od nedostataka u zastupanju. Pošiljatelju u svakom slučaju može naštetiti samo očiti dokaz da je bio upoznat sa stvarnim stanjem. Samo iznimno pošiljatelju treba nametnuti obvezu obazrivosti da se potanje upozna sa stvarnim stanjem ako okolnosti pojedinog slučaja upućuju na zlorporabe povjerenja od strane zastupnika ili na njegovo dolozno postupanje.<sup>189</sup>

#### *4.6.3. Bitno odudaranje sadržaja pisane potvrde od onoga što je prethodno ugovoreno*

Pisana potvrda ne smije znatno odudarati od onoga što su strane prethodno neformalno ugovorile odnosno od činjenice da su one međusobno uopće sklopile ugovor.<sup>190</sup> Uvaži li sud taj prigovor, jasno je da pošiljatelj nije postupao pošteno te da stoga izostaje jedna od temeljnih pretpostavki za primjenu instituta konstitutivne pisane potvrde. Pošiljatelj se nema pravo pouzdati u to da primateljeva šutnja znači prihvrat odudara li pisana potvrda znatno od onog što su se prethodno dogovorili odnosno od činjenice da su navodno sklopili ugovor. Razlog za to ne mora biti zlorporaba pošiljateljevih prava pa tako i obvezno-pravnog instituta pisane potvrde, dovoljna je i njegova zablude, nesporazum pa i bilo koji drugi razlog. Bitno odstupanje susrećemo, primjerice, ako pisana potvrda polazi od određenog ugovorenog sadržaja, a u parnici je nedvojbeno utvrđeno da je primatelj pismena u pregovorima izričito otklonio sklapanje

<sup>187</sup> Canaris, C.W., op. cit. u bilj. 1, § 23 II, RdN 43.

<sup>188</sup> Canaris, C.W., op. cit. u bilj. 1, § 23 II, RdN 43.

<sup>189</sup> Canaris, C.W., op. cit. u bilj. 1, § 23 II, RdN 44.

<sup>190</sup> Tako Canaris, C.W., op. cit. u bilj. 1, § 23 II, RdN 25; Schmidt, K., op. cit. u bilj. 1, § 19 III b).

ugovora.<sup>191</sup> Isto vrijedi na odgovarajući način ako ugovor još nije u toj mjeri usuglašen te stoga pošiljatelj pismena objektivno uzevši ne može računati s tim da primatelj pismena svojom šutnjom prelazi preko te u parničnom postupku nedvojbeno utvrđene činjenice. Takav stupanj nesporazuma među stranama ne može se otkloniti institutom pisane potvrde. Slanje pisane potvrde može se tada protumačiti samo kao pošiljateljev besramni postupak na koji primatelj ni u kojem slučaju nije dužan odgovoriti.<sup>192</sup>

Primjena instituta pisane potvrde svedena je na najmanju moguću mjeru ako pisana potvrda bitno proturječi stvarno postignutom dogovoru<sup>193</sup> odnosno ako ona bitno nadilazi razinu međusobne usuglašenosti postignute vođenjem pregovora. Sasvim iznimno moguće je pretpostaviti da je primatelj suglasan s odstupanjima iz pismena ako, primjerice, izmjene ne zadiru u njegove interese ili su u toj mjeri neznatne da se ni on sam nije kadar prisjetiti što je i je li opće prethodno odlučeno glede spornog pitanja na koje pisana potvrda cilja.<sup>194</sup> U svim drugim slučajevima primatelj ovisno o okolnostima pojedinog slučaja može odgovarati pošiljatelju za naknadu štete po pravilima o naknadi negativnog pogodbenog interesa jer je povrijedio svoju obvezu da svog partnera upozori na to da je pogrešno shvatio njihov postignuti dogovor odnosno razinu njihove međusobne usuglašenosti postignute vođenjem pregovora.<sup>195</sup>

#### 4.6.4. *Daljnja općenita ograničenja u primjeni instituta pisane potvrde*

Šutnjom na pisanu potvrdu zasniva se samo oboriva pravna predmnjeva o tome da se njezin primatelj suglasio s njezinim sadržajem. Takvi samo tipizirani pravni učinci općenita su karakteristika poslovnih običaja pa shodno tome i instituta pisane potvrde.<sup>196</sup> Do istih zaključaka dolazi se i sa stajališta postupovnog načela o slobodnoj ocjeni dokaza.<sup>197</sup> Sudac slobodno procjenjuje dokaznu

---

<sup>191</sup> Tako za njemačko pravo BGH NJW 1994, 1288.

<sup>192</sup> Tako Canaris, C.W., op. cit. u bilj. 1, § 23 II, Rbr. 23; njegovo stajalište u cijelosti dijele i Schmidt, K., op. cit. u bilj. 1, § 19 III 5 b, te Kindl, A., op. cit. u bilj. 1, str. 199.

<sup>193</sup> O tome je, primjerice, riječ ako pisana potvrda navodi dvostruko veću naknadu od one koja je prethodno dogovorena.

<sup>194</sup> Tako Canaris, C.W., op. cit. u bilj. 1, § 23 II, RdN 25.

<sup>195</sup> Tako Canaris, C.W., op. cit. u bilj. 1, § 23 II, RdN 25.

<sup>196</sup> Tako Canaris, C.W., op. cit. u bilj. 1, § 23 II, Rbr. 22.

<sup>197</sup> V. čl. 8. ZPP.



snagu svake privatne isprave, pa tako i pisane potvrde.<sup>198</sup> Ključno ograničenje u primjeni instituta pisane potvrde počiva upravo na toj njezinoj karakteristici. Primjena instituta pisane potvrde trpi snažna ograničenja obaraju li okolnosti pojedinoga slučaja pravnu predmnjevu po kojoj se šutnja na pisanu potvrdu smatra prihvatom.<sup>199</sup> Međusobno suprotstavljene pisane potvrde dobar su primjer za to jer je tada s pošiljateljeva stajališta jasno da primatelj stvari vidi drukčije nego što ih vidi on pa stoga primateljevu šutnju ni u kojem slučaju ne može smatrati prihvatom.<sup>200</sup>

Nisu ispunjene pretpostavke za primjenu instituta pisane potvrde ako prethodna poslovna praksa utvrđena među ugovarateljima upućuje na to da se šutnja na pisanu potvrdu ne smatra prihvatom.<sup>201</sup> U sudskom postupku dovoljno je utvrditi da sadržaj pisane potvrde bitno odudara od onoga što je neformalno ugovoreno odnosno od onoga što se među stranama uvrijelo kao praksa, nije stoga potrebno posebno dokazivati da pošiljatelj pri tome nije postupao pošteno.<sup>202</sup>

---

<sup>198</sup> Tako sa stajališta švicarskog prava Merz, H., op. cit. u bilj. 1, § 4, Rbr. 227.

<sup>199</sup> Bydlinski, F., op. cit. u bilj. 1, FS Flume, str. 347, na temelju toga pogrešno osporava cjelokupno učenje o odgovornosti na temelju stvaranja pravnog privida. Posrijedi su samo, kao što je gore rečeno, ograničenja u primjeni instituta pisane potvrde.

<sup>200</sup> Primjena instituta pisane potvrde i tada je moguća ako pisane potvrde nisu međusobno suprotstavljene i ako jedna od njih dopunjuje drugu pogodbama koje za drugu stranu nisu objektivno neočekivane. Tako BGH NJW 1966, 1070. Canaris, C.W., op. cit. u bilj. 1, § 23 II 4, Rbr. 22.

<sup>201</sup> Tako Canaris, C.W., op. cit. u bilj. 1, § 23 II 4, Rbr. 22; Schmidt, K., op. cit. u bilj. 1, § 19 III 5. b). V. i Bydlinski, F., op. cit. u bilj. 1, FS Flume, str. 338, glede austrijskog slučaja *öRdA* 1972, 246, koji bi se prema Canarisu jednako presudio i po njemačkom pravu. Tako bi trebalo presuditi i prema hrvatskom pravu. Nije dakle posrijedi argument koji dovodi u pitanje cjelokupan koncept instituta pisane potvrde, nego argument koji rezultira ograničenjima u primjeni instituta pisane potvrde.

<sup>202</sup> Dobar primjer za to daje Schmidt, K., op. cit. u bilj. 1, § 19 III 5. b), a riječ je o presudi njemačkog BGH objavljenoj u NJW 1985, 1333. Prodavatelj nekolicine silosa za prosušivanje (mokra) pijeska uvjeravao je tijekom pregovora kupca da oni nisu zavareni za tlo, nego samo učvršćeni vijcima, te da ih se stoga može lako transportirati. Prodavatelj je u svojoj pisanoj potvrdi, na koju kupac nije odgovorio, između ostalog isključio svoju odgovornost za materijalne nedostatke tih silosa za pročišćivanje pijeska. Na koncu se međutim ispostavilo da su ti silosi ipak bili zavareni za tlo. U ovom slučaju prodavatelj se ne može s povjerenjem pouzdati u to da je kupac suglasan s tim da prodavatelj isključi svoju odgovornost za materijalne nedostatke silosa. BGH je u presudi jasno istaknuo da prema njegovoj ustaljenoj sudskoj praksi redoviti pravni učinci neo-

Zatraži li pošiljatelj od primatelja da mu potvrdi primitak poslane pisane potvrde također se ne može smatrati da primateljeva šutnja proizvodi učinke prihvata. Ipak tada se moraju uzeti u obzir sve okolnosti pojedinoga slučaja, a posebno namjera koju je pošiljatelj imao kad je primatelju poslao pisanu potvrdu koja sadržava taj dodatak.<sup>203</sup>

Predmnjeva o šutnji kao prihvatu sadržaja pisane potvrde oborena je i kad neovlašteno zastupani nijednom nije bio opunomoćio *falsus* prokuratora da za njega pregovara o sklapanju ugovora niti mu je dao bilo kakvu drugu sličnu

---

sporene pisane potvrde ne nastupaju ako njezin sadržaj u toj mjeri odudara od onoga što su strane prije toga dogovorile da se prema razumnoj objektivnoj prosudbi ne može očekivati od primatelja da na to odgovori. Sa stajališta tuženika za sklapanje ugovora bilo je presudno jesu li silosi bili samo pričvršćeni za tlo ili su pak bili zavareni. Član uprave tuženika dobio je stoga u pregovorima čvrsto obećanje tužitelja o tome da silosi nisu zavareni. On je štoviše u prvostupanjskom postupku dao jasan iskaz o tome da nikad ne bi došlo do sklapanja ugovora da su znali za to kako silosi nisu bili samo pričvršćeni, nego zavareni za tlo. Pisanu potvrdu koju je dobio dan nakon što je neformalno sklopljen ugovor o kupoprodaji silosa tuženik je mogao shvatiti kao grubo odstupanje od onoga što je već ugovoreno. Pa čak i da je tuženik s tim sadržajem pisane potvrde bio prikriveno suglasan, tužitelj zbog poštenja koje se zahtijeva u obveznim odnosima ne bi smio poći od toga da tuženikova šutnja znači prihvata. Uobičajena pošiljateljeva zaštita na temelju odnosa povjerenja otpada već zbog objektivno bitnog odudaranja pisane potvrde od onoga što je prije toga sadržajno ugovoreno. Nije stoga potrebno posebno dokazivati kako pošiljatelj pri tome nije postupao pošteno odnosno da je znao ili morao znati za to odstupanje. U tom smjeru v. Hefermehl, W., op. cit. u bilj. 1, § 346, Rbr. 128.

Schmidt, K., op. cit. u bilj. 1, § 19 III 5. b), daje još jedan dobar primjer za to stajalište, a on se oslanja na presudu njemačkog BGH-a objavljenu u NJW 1987, 1940. Protiv d.o.o. A, koje se inače bavilo proizvodnjom hotelskog rublja, pokrenut je stečajni postupak. Stečajni upravitelj prodao je značajne zalihe tkanine d.o.o. B-u, koje se također bavilo proizvodnjom hotelskog rublja. Društvo B nije platilo račun koji mu je za prodanu tkaninu ispostavio stečajni upravitelj. Društvo B račun je storniralo te ga je vratilo stečajnom upravitelju uz pisanu opasku na računu da iznos treba umanjiti 20% te se pri tome pozvalo na njihov tobožnji razgovor o toj temi popusta. Došlo je do spora o tome je li stečajni upravitelj trebao osporiti sadržaj napomene ispisane na računu. Prvostupanjski je sud odbio tužbu stečajnog upravitelja te se pri tome pozvao na načela instituta pisane potvrde. Drugostupanjski sud ukinuo je tu presudu uz obrazloženje da društvo B kao tuženik ne može osporiti svoju obvezu da plati cijenu, pa ni stornirati dobiveni račun, ako to nije bilo prethodno dogovoreno. Razgovori koji su vođeni o spuštanju cijene ne rezultiraju sami po sebi bitnim odudaranjem sadržaja pisane potvrde od onoga što je prethodno dogovoreno.

<sup>203</sup> Tako Canaris, C.W., op. cit. u bilj. 1, § 23 II, Rbr. 22.

ovlast da s trećima uspostavi poslovni kontakt.<sup>204</sup> Šutnja na pisanu potvrdu tada ne može otkloniti nedostatke u zastupanju jer nema ni najmanje vjerojatnosti da će neovlašteno zastupani odobriti radnje koje je učinio *falsus procurator*. Taj je slučaj jednostavno izvan dosega tipiziranih pravnih učinaka poslovnih običaja pa shodno tome i instituta pisane potvrde.

#### 4.6.5. Problem unošenja općih uvjeta poslovanja u ugovor institutom pisane potvrde

Moguće je i naknadno unošenje općih uvjeta poslovanja u ugovor šutnjom na pisanu potvrdu.<sup>205</sup> ZOO otvara mogućnost, posebno u trgovačkom prometu, da se institutom pisane potvrde naknadno u ugovor unesu barem određene pogodbe općih uvjeta poslovanja. Ne zahtijeva se kruto da pošiljatelj pisane potvrde kao korisnik općih uvjeta poslovanja izričito upozori primatelja pisane potvrde da ga ti opći uvjeti poslovanja obvezuju, pa ni to da primatelj izričito prihvati njihovu primjenu. Dovoljno je da su opći uvjeti poslovanja bili objavljeni na uobičajeni način i da je primatelj za njih znao ili morao znati u vrijeme sklapanja ugovora.<sup>206</sup> Stroži standardi pozornosti u trgovačkom prometu<sup>207</sup> izlažu trgovce većem stupnju odgovornosti s naslova općih uvjeta poslovanja nego u građanskom prometu i posebno u potrošačkim ugovorima. Trgovac u određenim slučajevima mora znati za primjenu općih uvjeta poslovanja i kad potrošač odnosno osoba građanskog prava za to ne mora znati. Korisnik općih uvjeta poslovanja mora međutim i trgovcima pružiti priliku da se prikladno upoznaju s općim uvjetima poslovanja. Opći uvjeti poslovanja moraju biti čitki i pregledni, a trgovac se mora s njima upoznati na jeziku kojim vlada odnosno kojim se uobičajeno služi u svom poslovanju.<sup>208</sup>

Opći uvjeti poslovanja mogu postati sastavni dio ugovora ako se pitanje njihove primjene uopće nije postavilo prije slanja pisane potvrde ili pisane potvrde dobivenog naloga.<sup>209</sup> Pisana potvrda mora sasvim jasno upućivati na

<sup>204</sup> Tako Canaris, C.W., op. cit. u bilj. 1, § 23 II, Rbr. 22; Petersen, op. cit. u bilj. 1, str. 692.

<sup>205</sup> Tako Canaris, C.W., op. cit. u bilj. 1, § 23 II, RdN 27; Schmidt, K., op. cit. u bilj. 1, § 346, RdN 168.

<sup>206</sup> O pretpostavkama za primjenu općih uvjeta poslovanja v. čl. 295. st. 4. i st. 5. ZOO.

<sup>207</sup> V. čl. 10. ZOO.

<sup>208</sup> Schmidt, K., op. cit. u bilj. 1, § 346, RdN 168.

<sup>209</sup> Canaris, C.W., op. cit. u bilj. 1, § 23 II, RdN 28; Schmidt, K., op. cit. u bilj. 1, § 346, RdN 168.

primjenu općih uvjeta poslovanja, nije dovoljno da opći uvjeti poslovanja budu samo priklopljeni uz pisanu potvrdu.<sup>210</sup> Nije, međutim, nužno da opći uvjeti poslovanja uvijek budu priklopljeni pisanoj potvrdi. Iznimno je dovoljno da se u fakturi uputi na primjenu općih uvjeta poslovanja ako su strane u okviru svoje poslovne veze ustalile primjenu pošiljateljevih općih uvjeta poslovanja.<sup>211</sup>

Mjesta za primjenu općih uvjeta poslovanja putem instituta pisane potvrde nema ako su se strane već u pregovorima oštro sukobile oko toga čiji se opći uvjeti trebaju primijeniti tako da pošiljatelj slanjem pisane potvrde samo daje do znanja primatelju da je glede pitanja općih uvjeta poslovanja “njegova zadnja”.<sup>212</sup> Tada se pošiljatelj nema pravo pouzdati u to da primateljeva šutnja znači prihvata. Jednako treba tumačiti ako je primatelj tijekom pregovora jasno dao do znanja da ne pristaje na primjenu ničijih tuđih općih uvjeta poslovanja ili ako je klauzula kojom primatelj otklanja primjenu tuđih općih uvjeta poslovanja bila obuhvaćena prethodnim dopisivanjem strana.<sup>213</sup>

Izostane li primjena općih uvjeta poslovanja ili, pak, instituta pisane potvrde u cjelini, odnos među stranama uredit će se sukladno općim pravilima, dakle dispozitivnim odredbama ZOO-a odnosno trgovačkim običajima. Ako strane barataju međusobno suprotstavljenim pisanim potvrdama glede primjene svojih općih uvjeta poslovanja, treba primijeniti međusobno podudarne klauzule općih uvjeta poslovanja jer su strane utoliko međusobno suglasne.<sup>214</sup> Iznimno, prednost ipak ima i pogodba općih uvjeta poslovanja jedne strane ako opći uvjeti poslovanja druge strane ne dotiču to sporno pitanje, a ta je klauzula inače uobičajena u toj vrsti poslovanja.<sup>215</sup> Institut pisane potvrde polazi od toga

<sup>210</sup> Schmidt, K., op. cit. u bilj. 1, § 346, RdN 168.

<sup>211</sup> Schmidt, K., op. cit. u bilj. 1, § 346, RdN 168.

<sup>212</sup> Tako i Canaris, C.W., op. cit. u bilj. 1, § 23 II, RdN 27.

<sup>213</sup> Tako i Canaris, C.W., op. cit. u bilj. 1, § 23 II, RdN 27; Schmidt, K., op. cit. u bilj. 1, § 346, RdN 169.

<sup>214</sup> Canaris, C.W., op. cit. u bilj. 1, § 23 II RdN 28; Schmidt, K., op. cit. u bilj. 1, § 346, Rbr. 169; MünchKommBodew, § 305, Rbr 101.

<sup>215</sup> Dobar primjer za to je presuda njemačkog BGH NJW 1966, 1070, a daje ga i Schmidt, K., op. cit. u bilj. 1, § 19 III b). Kupac K. kupio je od trgovca rabljenim vozilima i dijelovima P. polovni karburator. P-ova pisana potvrda isključivala je odgovornost P-a za materijalne nedostatke polovnog karburatora. O tome nije bilo riječi u prvoj pisanoj potvrdi koju je K uputio P-u. BGH je ocijenio da u tom slučaju, iznimno od općeg pravila, te dvije pisane potvrde nisu bile međusobno suprotstavljene u dijelu koji se ticao prodavateljeve odgovornosti za materijalne nedostatke. BGH smatra da prodavateljeva pisana potvrda samo dopunjuje opće pogodbe ugovora o kupoprodaji te da je klauzula

da je ugovor već sklopljen te ga naknadno unošenje općih uvjeta poslovanja putem instituta pisane potvrde samo dopunjuje. Stajalište je suglasno općem pristupu problemu međusobno suprotstavljenih općih uvjeta poslovanja u domaćem pravu.<sup>216</sup> Za primjenu spomenutog pravila nije potrebno da su strane pristupile ispunjenju ugovora.<sup>217</sup> Klausule općih uvjeta poslovanja koje su na temelju instituta pisane potvrde dopunile prethodno sklopljeni ugovor podložne su općim pravilima o sudskoj kontroli nepoštenih pogodbi ugovorenih putem općih uvjeta poslovanja iz čl. 296. ZOO.

#### 4.7. Primjena instituta pisane potvrde izvan trgovačkog prometa

##### 4.7.1. Subjektivne pretpostavke na strani pošiljatelja

Primjena instituta pisane potvrde nije ograničena na odnose u kojima sudjeluju isključivo trgovci ili šire poduzetnici. Pošiljatelji pisane potvrde mogu biti i osobe građanskog prava. Prekruto je postavljeno stajalište po kojem se za primjenu instituta pisane potvrde zahtijeva da pošiljatelj sudjeluje u pravnom i poslovnom prometu, ako ne kao trgovac, onda barem preko svog poduzeća kao poduzetnik, slično kao i trgovac.<sup>218</sup> Ponajprije se pripadnici slobodnih poziva smatraju poduzetnicima. Ne stoji argument prema kojem primatelj pisane potvr-

---

o isključenju odgovornosti inače uobičajena u trgovini rabljenim vozilima i polovnim autodijelovima. Kupac je morao računati s tom klauzulom, on nije mogao ostati zatečen njezinom primjenom. U tom slučaju nije stoga bio posrijedi tipičan slučaj međusobno suprotstavljenih pisanih potvrda. BGH štoviše izričito, i to s pravom, zaključuje da tada te dvije pisane potvrde nisu faktično bile suprotstavljene. Kupac je stoga morao bez odgađanja otkloniti primjenu klauzule o isključenju prodavateljeve odgovornosti za materijalne nedostatke polovnog karburatora ako nije bio suglasan sa sadržajem pisane potvrde u tom dijelu. U suprotnom se smatra da je svojom šutnjom prihvatio njezinu primjenu.

<sup>216</sup> Riječ je o pristupu koji vodi međusobnom isključivanju svih onih sastojaka u općim uvjetima ugovora koji su međusobno proturječni. Šoljan, V., O konkurenciji općih uvjeta poslovanja dviju ugovornih strana, Liber Amicorum Jakša Barbić, Zagreb, 2006, str. 205-206.

<sup>217</sup> Tako, u konačnici, čini se i sa stajališta hrvatskog prava, s uporištem na UNIDROIT-ova načela i Načela europskog ugovornog prava, Šoljan, V., op. cit. u bilj. 216, str. 206.

<sup>218</sup> Za njemačko pravo v. BGHZ 40, 42, 43; BGH WM 1973, 1376. Tako i Schmidt, K., HandelsR, § 19 III 2 b; Schmidt, K., MünchKomm, § 346, Rbr. 156.

de kao trgovac odnosno poduzetnik mora na suprotnoj strani imati pošiljatelja kao sebi ravnog partnera i da se samo prema pošiljatelju trgovcu odnosno poduzetniku mora ophoditi sukladno uvriježenim pravilima postupanja među trgovcima odnosno poduzetnicima, a među ta pravila treba ubrojiti i pravila s naslova instituta pisane potvrde. Nema razloga za to da se primjena instituta pisane potvrde ograniči na poslovni promet.<sup>219</sup> Osobama građanskog prava nije opravdano uskratiti pravo da se kao pošiljatelji u ophođenju s trgovcima i općenito poduzetnicima pozivaju na učinke instituta pisane potvrde.<sup>220</sup> Oni jednako tako moraju snositi i za njih nepovoljne posljedice primjene instituta pisane potvrde. Uporište za to ponajprije daje odgovarajuća primjena odredbe čl. 265. ZOO na institut pisane potvrde budući da njezino područje primjene nije ograničeno samo na odnose među trgovcima te općenito poduzetnicima. Druge zakonske odredbe koje potvrđuju pravno pravilo o odgovornosti na temelju stvaranja pravnoga privida također se ne primjenjuju samo na trgovački promet.

Pismeno koje radnik u svoje ime šalje svome poslodavcu ne tumači se sukladno institutu pisane potvrde.

#### 4.7.2. Subjektivne pretpostavke na strani primatelja

Primatelji pisane potvrde nisu samo trgovci po sili zakona odnosno obrtnici, trgovci pojedinci te trgovačka društva. I u poredbenom pravu<sup>221</sup> prevladava stajalište po kojem je za primjenu instituta pisane potvrde dovoljno da pri-

<sup>219</sup> Schmidt, K., HandelsR, § 19 III 2b; Schmidt, K., MünchKomm, § 346, Rbr. 156, ne odriče pravnu zaštitu pošiljateljima koji su osobe građanskog prava, ali je ne izvodi iz instituta pisane potvrde. Schmidt smatra da su takvi pošiljatelji dovoljno zaštićeni budući da su trgovci i drugi poduzetnici dužni sa svim primljenim pismenima postupati sukladno pravilu *non venire contra factum proprium*. Povreda spomenutog pravila ne može, međutim, poput instituta pisane potvrde proizvesti konstitutivne pravne učinke po kojima bi se smatralo da je ugovor sklopljen, ona može rezultirati isključivo odštetnim zahtjevima pošiljatelja prema trgovcu odnosno općenito poduzetniku. Naknada štete ravna se tada po pravilima o naknadi negativnog pogodbenog interesa.

<sup>220</sup> Tako za njemačko pravo Canaris, C.W., op. cit. u bilj. 1, § 23 III 7, Rbr. 45; Hopt, K.J., op. cit. u bilj. 1, str. 692.

<sup>221</sup> Za njemačko pravo v. BGHZ 11, 1, 3; BGH NJW 1964, 1223; WM 1970, 877; NJW 1976, 1402. Tako i Canaris, C.W., op. cit. u bilj. 1, HandelsR, § 23, Rbr. 46; Schmidt, K., HandelsR, § 19 III 2 b; Schmidt, K., MünchKomm, § 346, Rbr. 156.

matelj pisane potvrde sudjeluje u pravnom i poslovnom prometu preko svog poduzeća, slično kao i trgovac, pa zbog toga može opravdano očekivati da je primatelj uredno ustrojio svoje poduzeće i da uvažava uvriježena pravila poslovnog postupanja. Po tom stajalištu pisanu potvrdu mora sastaviti i poslati poduzetnik, a među predmetnike ne ubrajamo samo trgovce, nego i pripadnike slobodnih poziva.<sup>222</sup> Uporište za to daje i odredba čl. 265. ZOO koju također treba na odgovarajući način primijeniti prilikom tumačenja instituta pisane potvrde. Obveza poduzetnika po kojoj on mora na temelju čl. 265. ZOO stalno biti pripravan ispuniti činidbu kojom se profesionalno bavi podudarna je s njegovom obvezom da bez odgađanja otkloni sadržaj pisane potvrde.

Stečajni upravitelji također nisu izuzeti iz režima pisane potvrde. Osobe javnoga prava podvrgnute su kao primatelji pismena institutu pisane potvrde ako u pravnom i poslovnom prometu djeluju *iure gestionis*. Hrvatski fond za privatizaciju može, primjerice, primiti pisanu potvrdu jer u pravnom i poslovnom prometu nastupa *iure gestionis*, poput poduzetnika. Institut pisane potvrde ne primjenjuje se, dakle, na osobe građanskog prava ako one nisu poduzetnici. Samo poduzetnik kao primatelj pisane potvrde mora računati na primjenu instituta pisane potvrde.

## V. TIPIZIRANI UČINCI ŠUTNJE U NEKIM POSEBNIM SLUČAJEVIMA

Poslovnom praksom među trgovcima može se razviti način ponašanja iz kojega se zaključuje da šutnja ima učinak prihvata.<sup>223</sup> Pravila čl. 265. ZOO i instituta pisane potvrde primjenjuju se i u drugim slučajevima u kojima se šutnja na temelju trgovačkih običaja smatra prihvatom.<sup>224</sup> Što je veća vjerojatnost da šutnja znači suglasnost, veća je i vjerojatnost da će se takav trgovački običaj ustaliti. Posrijedi je općenita, tipizirana vjerojatnost koja se odnosi na srodne skupine slučajeva, a ne vjerojatnost koja se tiče samo nekog izdvojenog slučaja.

<sup>222</sup> Tako za njemačko pravo glede odvjetnika, revizora i stečajnih upravitelja uz upućivanje na odgovarajuću njemačku sudsku praksu Canaris, C.W., op. cit. u bilj. 1, HandelsR, § 23, Rbr. 46.

<sup>223</sup> Tako Barbić, J., op. cit. u bilj. 1, str. 78. V. i Goldštajn, A., op. cit. u bilj. 1, str. 275-276.

<sup>224</sup> Tako Barbić, J., op. cit. u bilj. 1, str. 78. Za njemačko pravo v. Canaris, C.W., op. cit. u bilj. 1, HandelsR, § 23, Rbr. 47; Schmidt, K., op. cit. u bilj. 1, § 19 II, str. 549.



I u domaćem pravu možemo očekivati tendencije po kojima sudska praksa vezana uz tumačenje šutnje u sve većoj mjeri nadomješćuje trgovačke običaje po kojima se šutnju smatra prihvatom.<sup>225</sup> Sudovi će sve rjeđe primjenjivati trgovačke običaje, a sve češće, pozivajući se na odredbu čl. 265. ZOO, formulirati imperativna pravila postupanja kojih su se sudionici poslovnog prometa dužni pridržavati.<sup>226</sup>

### 5.1. Trgovački običaji na temelju kojih se šutnja smatra prihvatom

U trgovačkoj pravnoj i poslovnoj praksi susrećemo primjere u kojima je tipično zaključiti da šutnja ima učinak prihvata. Šutnji se posebno može pridati značenje prihvata ako je prihvata ponude isključivo u interesu onoga tko se oglušio na ponudu, a nema nikakvih razloga za otklanjanje ponude. Nije dovoljna puka poslovna veza da bi se iz šutnje na dobivenu ponudu izvodilo sklapanje ugovora.<sup>227</sup> Strane moraju biti u poslovnoj vezi glede određene robe ili glede obavljanja određenih poslova. Ponuda je prihvaćena i kad ponuđenik pošalje stvar ili plati cijenu te kad učini neku drugu radnju koja se na temelju ponude, prakse utvrđene među zainteresiranim stranama ili **običaja** može smatrati izjavom o prihvatu.<sup>228</sup> Zahtijeva se, primjerice, da strane u okviru poslovne veze ili svog okvirnog ugovora uspostave praksu ili dogovore jednostrano pravo narudžbe određene robe ili usluga, koje se uvriježilo kao faktično “povlačenje” robe ili usluga. Tada je riječ o posrednoj primjeni čl. 265. st. 3. ZOO. U poslovnoj praksi susrećemo čitav niz primjera na koje ne možemo ni posredno ni neposredno primijeniti odredbu čl. 262. st. 2. ZOO. Osobama koje ne udovoljavaju strogim pretpostavkama čl. 262. ZOO također treba na odgovarajući način pružiti pravnu zaštitu s naslova trgovačkih običaja ili odgovornosti na temelju odnosa povjerenja.

<sup>225</sup> Tako za njemačko pravo Schmidt, K., op. cit. u bilj. 1, § 19 II, str. 549.

<sup>226</sup> Tako za njemačko pravo Schmidt, K., op. cit. u bilj. 1, § 19 II str. 549.

<sup>227</sup> Canaris, C.W., Vertrauenshaftung, op. cit. u bilj. 1, str. 222; Hefermehl, W., op. cit. u bilj. 1, § 346, RdN 102; Schmidt, K., op. cit. u bilj. 1, § 19 II B).

<sup>228</sup> Tako čl. 262. st. 2. ZOO. Civilni zakonik Ruske Federacije općenito propisuje u čl. 438. da šutnja nije prihvata, osim ako što drugo ne proizlazi na temelju zakona, trgovačkih običaja ili dotadašnje poslovne veze strana.

Kao najvažniji trgovački običaj treba izdvojiti šutnju na posredničku zaključnicu odnosno izvadak iz posredničkog dnevnika.<sup>229</sup> Šutnja na potpisani posrednički list koji je posrednik dužan izdati svome nalogodavcu može u trgovačkom prometu nametnuti konstitutivne učinke. U građanskom posredovanju značenje posredničke zaključnice svodi se na puko dokazno sredstvo o poslovima koji su sklopljeni na temelju ugovora o posredovanju. Posrednička zaključnica je privatna isprava kojom se dokazuje da je posrednik očitovao svoju volju kako je to u njoj navedeno.<sup>230</sup> Ona sama po sebi nije dokaz za to je li ugovor na koji se odnosi sklopljen i koji je njegov sadržaj.

Primi li posrednikov nalogodavac bez ikakve zadržke zaključnicu, smatra se prema trgovačkim običajima da je prihvatio posrednikovo očitovanje volje kako je ono izneseno u zaključnici. Šutnja na posredničku zaključnicu utoliko je samo poseban pojavni oblik pisane potvrde o sklopljenom ugovoru.<sup>231</sup> Pravila instituta pisane potvrde vrijede kao trgovački običaji samo u trgovačkom posredovanju. Građanskopravni nalogodavci kao primatelji pisanih potvrda općenito, pa tako i posredničkih zaključnica, izuzeti su iz primjene instituta pisane potvrde.<sup>232</sup> Šutnja na posredničku zaključnicu ne smatra se prihvatom sadržava li zadržke o tome jesu li neki poslovi sklopljeni, poput “čekamo prodavateljevu potvrdu dogovora”, jer je ona tada poslana pod odgovornim uvjetom da je naknadno sadržajno upotpuni prodavateljevu potvrdu.<sup>233</sup>

Ponuditelj svoju obvezu da održi ponudu može učiniti ovisnom isključivo o svom slobodnom nahođenju i nakon što primi izjavu ponuđenoga o prihvatu takve ponude. Riječ je u biti o pukom prijedlogu da se stavi ponuda (*invitatio ad offerendum*). Šutnja na prispjelu pisanu potvrdu o prihvatu takve ponude načelno se smatra u trgovačkom prometu ponuditeljevom suglasnošću.<sup>234</sup> Posrijedi je trgovački običaj.

<sup>229</sup> Za njemačko pravo tako Canaris, C.W., op. cit. u bilj. 1, HandelsR, § 23, Rbr. 48. Prema čl. 843. ZOO, posrednik je dužan u posebnu knjigu (posrednički dnevnik) ubilježiti bitne podatke o ugovoru koji je sklopljen njegovim posredovanjem i izdati izvadak koji potpisuje (posrednički list).

<sup>230</sup> Tako za njemačko pravo Baumbach, A./Hopt, K.J., Handelsgesetzbuch, op. cit. u bilj. 1, § 94, Rbr. 1.

<sup>231</sup> Tako Canaris, C.W., op. cit. u bilj. 1, HandelsR, § 23, Rbr. 47, i § 19, Rbr. 12; Baumbach, A./Hopt, K.J., Handelsgesetzbuch, op. cit. u bilj. 1, § 94, Rbr. 2.

<sup>232</sup> O tome više pod 4.7.2.

<sup>233</sup> V. Baumbach, A./Hopt, K.J., Handelsgesetzbuch, op. cit. u bilj. 1, § 94, Rbr. 2.

<sup>234</sup> Tako za njemačko pravo Canaris, C.W., op. cit. u bilj. 1, HandelsR, § 23, Rbr. 48; Schmidt, K., op. cit. u bilj. 1, § 19 II, str. 550; Hefermehl, W., op. cit. u bilj. 1, § 346, Rbr. 102.

Šutnja na zakašnjeli prihvrat, također, može dovesti do sklapanja ugovora budući da se zakašnjeli prihvrat sukladno čl. 266. st. 1. ZOO smatra novom ponudom. Šutnja na pisanu potvrdu o zakašnjelom prihvatu ponude načelno se smatra u trgovačkom prometu ponuditeljevom suglasnošću, osim ako okolnosti posebnog slučaja ili pak duljina zakašnjenja vjerojatnije ne upućuju na suprotan zaključak sa stajališta ponuditelja.<sup>235</sup>

Pravni učinci mogu se izvoditi ako se šutnja nadovezuje na prethodno vođene pregovore, a oni su u toj mjeri sazreli da su strane izradile ozbiljan nacrt prijedloga ugovora i o njemu se trebaju još samo i formalno suglasiti. Šutnja se smatra prihvatom ako jedna strana ne otkloni bez odgađanja prethodno usuglašeni nacrt ugovora koji joj je druga strana poslala na potpis.<sup>236</sup> Pravnoobvezujući učinci šutnje temelje se na tome da obje strane tada čvrsto računaju sa sklapanjem ugovora. Međusobni odnos povjerenja teško bi se narušio ako bi strana koja šuti mogla tumačiti da se njezina šutnja ne smatra prihvatom. Zahtjev za ispunjenjem primjereno je sredstvo pravne zaštite u tim slučajevima.

Pravnu snagu prihvata šutnji treba pribrojiti i ako se odnosi na ponudu u povodu slučajeva predviđenih za obvezno sklapanje ugovora.<sup>237</sup> Ponuditelj nije dužan prvo tužiti na sklapanje ugovora te u konačnici presudom nadomjestiti ugovor koji je tuženik dužan sklopiti ako ponuda koju tuženik nije bez odgađanja otklonio znatno ne odudara od uvjeta koje tuženik, ponuđeni mora prihvatiti. Tada se može odmah tužiti na ispunjenje ugovora.

Nema razloga da se šutnja osnovne škole kao ustanove na ponudu o kupoprodaji knjiga sama po sebi općenito ne smatra prihvatom sukladno čl. 265. st. 2. ZOO.<sup>238</sup> Ako osnovna škola kao ustanova u tom dijelu svoje djelatnosti nastupa *iure gestionis*, za nju također vrijedi opći režim trgovačkog ugovora, pa shodno tome i posebna pravila trgovačkoga prava po kojima se šutnja smatra prihvatom.

<sup>235</sup> Tako za njemačko pravo Canaris, C.W., op. cit. u bilj. 1, HandelsR, § 23, Rbr. 48.

<sup>236</sup> Za njemačko pravo v. Schmidt, K., op. cit. u bilj. 1, § 19 II, str. 549.

<sup>237</sup> Za njemačko pravo v. Schmidt, K., op. cit. u bilj. 1, § 19 II, str. 549.

<sup>238</sup> V. ŽS Bj. Gž 1583/01 od 19. srpnja 2001. Suprotno tome Gorenc, V., op. cit. u bilj. 1, str. 370.

## 5.2. Šutnja na potvrdu naloga kao obrnuti primjer

Ponuditeljeva šutnja na potvrdu naloga ne smatra se njegovom suglasnošću sa sadržajem potvrde naloga. Strane se nisu suglasile o sklapanju ugovora o nalogu odudara li potvrda naloga od ponude za sklapanjem ugovora o nalogu na štetu primatelja potvrde naloga. Tada je ponuda odbijena te je pošiljatelj potvrde naloga stavio sa svoje strane novu ponudu za sklapanja ugovora o nalogu sukladno čl. 264. ZOO. Potvrda naloga nije pisana potvrda ugovora, njezina namjera nije da potvrđuje već sklopljeni ugovor ili tobože sklopljeni ugovor. Posrijedi je očitovanje o prihvatu ponude, usmjereno na sklapanje ugovora, a ne očitovanje o već sklopljenom ugovoru o nalogu.<sup>239</sup> Njome se doduše može potvrditi i nalog kojim je ponuditelj vezan, ali ne radi toga da ponuđeni kao ugovorni partner iznese svoje viđenje ugovora o nalogu u cjelini, nego radi toga da on upravo kao ponuđeni izdvoji neke posebno važne klauzule naloga poput cijene ili predmeta kupoprodaje.<sup>240</sup>

Nema trgovačkog običaja koji bi upućivao na to da šutnja na potvrdu naloga obvezuje ponuditelja.<sup>241</sup> Pošiljatelj potvrde naloga ne može se pouzdati u primjenu pravila o odgovornosti na temelju odnosa povjerenja ponajprije zato jer on sam nije činjenično kreirao takav odnos koji bi zavrijedio pravnu zaštitu kao u slučaju da je poslao pisanu potvrdu o sklopljenom ugovoru. To, međutim, ne znači da je pasivni primatelj potvrde naloga oslobođen svake obveznopravne odgovornosti. Pošiljatelj odgovara za naknadu štete zbog povrede načela *non venire contra factum proprium* osporava li svoju vezanost šutnjom na potvrdu naloga iako je svojim postupcima dao do znanja da je suglasan sa sadržajem potvrde naloga.

U pravnom i poslovnom prometu često se miješaju izrazi pisana potvrda o sklopljenom ugovoru i pisana potvrda naloga. Nije odlučujuće koji naziv nosi konkretno pismo (*falsa nominatio non nocet*), nego koju je namjeru imao njegov pošiljatelj i kako u okolnostima pojedinog slučaja tumačiti pojedino pismo. Pod nazivom pisana potvrda naloga mogu se stoga kriti pisane potvrde o sklopljenom ugovoru. Razgraničenje je posebno otežano ako u parnici nije moguće utvrditi odstupa li uopće potvrda naloga od ponuđenog naloga. O

<sup>239</sup> Za njemačko pravo v. Canaris, C.W., op. cit. u bilj. 1, HandelsR, § 23, Rbr. 49; Schmidt, K., HandelsR, § 19 III 3 d.

<sup>240</sup> V. Canaris, C.W., op. cit. u bilj. 1, HandelsR, § 23, Rbr. 49.

<sup>241</sup> Tako za njemačko pravo BGHZ 18, 212.

tome je posebno riječ odgovori li se formalnom pisanom potvrdom naloga na neformalno usmeno ili telefonsko nuđenje sklapanja ugovora o nalogu. U parničnom postupku tada treba primijeniti pravila instituta pisane potvrde jer bi u suprotnom primatelj potvrde naloga otklonio svoju vezanost šutnjom pukom tvrdnjom da se ugovor ne može “sklopiti” šutnjom na potvrdu naloga.<sup>242</sup>

### 5.3. Šutnja na fakturu

Šutnja na dobivenu fakturu ne znači prihvrat ako ugovor u povodu kojega je faktura ispostavljena nije prethodno već sklopljen. Faktura sama po sebi nije pisana potvrda o sklopljenom odnosno o tobože sklopljenom ugovoru. Iako je ona redovito prvi pisani akt o usmeno sklopljenom ugovoru, a često i jedini, to samo po sebi nije dovoljno da se faktura ocijeni kao pisana potvrda usmeno sklopljenog ugovora.<sup>243</sup> Ona je usmjerena na jednostrani obračun i naplatu naknada i troškova sukladno sklopljenom ugovoru, a ne na to da u pisanom obliku sažme sadržaj prethodno vođenih pregovora.<sup>244</sup> Primatelj fakture nije stoga dužan otkloniti pogodbe koje je njegov partner jednostrano stavio u fakturu jer njima jednostavno nije ni mjesto u fakturi te su kao takve prijedlog nove ponude na koju primatelj nije dužan odgovoriti. Primatelj fakture ne prihvaća, dakle, svojom šutnjom pogodbe fakture ako one odudaraju od prethodno dogovorenog.<sup>245</sup> O tome je, posebice, riječ ako faktura sadržava podatke o nekom drugom mjestu ispunjenja, o promjeni roka plaćanja, o promjeni sudske nadležnosti ili se u njoj prvi put pošiljatelj poziva na primjenu svojih općih uvjeta poslovanja. Spomenutim klauzulama fakture zajedničko je da su za primatelja nepovoljnije od onoga što je prethodno dogovorio sa svojim partnerom. Svrha fakture, ako ona, dakako, ujedno nije i pisana potvrda, sama po sebi isključuje šutnju na dobivenu fakturu kao prihvrat.

<sup>242</sup> U tom smjeru Schmidt, K., HandelsR, § 19 III 3 d.

<sup>243</sup> Suprotno tome Goldštajn, A., op. cit. u bilj. 1, str. 442; Kapor, V., Ugovor o kupovini i prodaji robe prema Opštim uzansama za promet robom, Beograd, 1961, str. 149-150.

<sup>244</sup> Tako Hefermehl, W., op. cit. u bilj. 1, § 346, RdN 141.

<sup>245</sup> U tom smjeru i odluka Privrednog suda Hrvatske, Pž-1439/91 od 7. travnja 1992. Odluka je objavljena u Zborniku odluka Visokog trgovačkog suda Republike Hrvatske 1994.-2004., Zagreb, 2004, str. 1. Tako i Hefermehl, W., op. cit. u bilj. 1, § 346, RdN 141; Horn, N., op. cit. u bilj. 1, § 346, RdN 47.

Isporuči li prodavatelj robu po prije dogovorenoj narudžbi pa potom pošalje kupcu fakturu koja nadilazi cijenu iz narudžbe, kupac nije ni u kakvoj obvezi glede spomenute fakture.<sup>246</sup> Moguća prodavateljeva mentalna rezervacija ne oslobađa prodavatelja odgovornosti za ispunjenje narudžbe. Prispije li, međutim, prodavateljeva faktura kupcu prije ili istodobno s robom, kupac se ne može pouzdati u to da je slanjem robe prodavatelj prihvatio njegovu narudžbu. Tada je posrijedi nova ponuda. Općenito uzevši, ako se strane nisu dogovorile o poslu, faktura koja mijenja odnosno dopunjuje uvjete narudžbe ne dopušta da se slanje naručene robe kupcu tumači kao prodavateljev prihvrat kupčeve narudžbe, već je tada posrijedi stavljanje nove ponude.

Šutnja na dobivenu fakturu ima učinak prihvata ako su klauzule fakture povoljnije za primatelja jer pošiljatelj, primjerice, odobrava primatelju poseban popust, odgodu plaćanja, besplatnu dostavu.<sup>247</sup> U odnosu na takve klauzule fakture pošiljatelj treba računati s time da primateljeva šutnja u pravilu znači prihvrat. S druge strane, kupac svojom šutnjom nije vezan klauzulama koje se prvi put navode u fakturi samo na temelju toga što su takve klauzule inače uvriježene u takvim poslovima. Suprotno stajalište moguće je braniti samo ako takve klauzule odgovaraju trgovačkim običajima ili su kupac i prodavatelj uspostavili poslovnu praksu običavajući otprije poslovati sukladno tim klauzulama.<sup>248</sup>

Moguće je da prodavatelj kupcu zajedno s fakturom pošalje i pisanu potvrdu o sklopljenom odnosno o navodno sklopljenom ugovoru. Ako se podaci sadržani u fakturi podudaraju s podacima iz pisane potvrde, riječ je o jedinstvenoj cjelini. Ako roba nema ugovorenu cijenu, ugovor o kupoprodaji u pravilu nije valjan.<sup>249</sup> Uobičajeno je, međutim, da kupci prepuštaju trgovcima kao prodavateljima odrediti cijenu. Ne usprotivi li se kupac cijeni koju prodavatelj zatraži, smatra se da je pristao na cijenu iz čl. 384. ZOO.

#### **5.4. Odgovornost zbog povrede obveze da se bez odgađanja izričito otkloni dobivena ponuda**

Nije opravdano stajalište po kojem sve osobe koje se javno nude obavljati tuđe naloge moraju bez odgađanja otkloniti ponuđene naloge jer su u suprotno-

---

<sup>246</sup> Tako i odluka Privrednog suda Hrvatske, Pž-1439/91 od 7. travnja 1992.

<sup>247</sup> Tako i Goldštajn, A., op. cit. u bilj. 1, str. 443.

<sup>248</sup> Tako i Hefermehl, W., op. cit. u bilj. 1, § 346, RdN 141.

<sup>249</sup> V. čl. 384. st. 1. ZOO, uz drukčiji pravni režim trgovačkih ugovora.

me njima vezani.<sup>250</sup> Šutnja na ponuđeni nalog može se tada smatrati prihvatom samo ako ponuditelj i ponuđeni stoje u poslovnoj vezi.

Područje primjene odredbe čl. 265. ZOO odnosno instituta pisane potvrde precizno je postavljeno te stoga povreda obveze da se bez odgađanja izričito otkloni dobivena ponuda općenito uzevši rezultira odgovornošću za naknadu štete, a ne odgovornošću za ispunjenje.<sup>251</sup> Ni u trgovačkom prometu šutnja se u načelu ne smatra prihvatom neovisno o tome je li na temelju okolnosti pojedinoga slučaja među trgovcima uvriježeno da bez odgađanja izričito otklone dobivenu ponudu. Utoliko nema razlike između građanskog i trgovačkog prometa. Zbog teškoća prilikom praktičnog razgraničenja šutnje i konkludentnih radnji u svakom pojedinom slučaju treba posebno ispitati jesu li ispunjene subjektivne i objektivne pretpostavke očitovanja volje. Ako te pretpostavke nisu ispunjene, ponuditelju preostaje zahtjev za naknadu štete sukladno odredbi čl. 1045. ZOO. Osoba koja šuti tada odgovara za stvarno nastalu štetu, a pri tome će se najčešće uzeti u obzir i oštećenikov doprinos nastaloj šteti sukladno odredbi čl. 1092. ZOO. Povreda obveze da se bez odgađanja otkloni dobivena ponuda nije sama po sebi primjer u kojem je tipično zaključiti da šutnja ima učinak prihvata. Zbog izraženije neizvjesnosti o značenju takve šutnje u odnosu na slučajeve iz čl. 265. ZOO, institut pisane potvrde, te u pravnom prometu tipizirane iznimke,<sup>252</sup> primjerenije je kršenje obveze da se bez odgađanja izričito otkloni dobivena ponuda sankcionirati naknadom štete nego odgovornošću za ispunjenje. Ponuditelj ne zavrjeđuje strožu pravnu zaštitu s naslova zahtjeva za ispunjenje jer je odnos povjerenja između njega i ponuđenoga bitno slabiji nego u slučajevima kad šutnju treba smatrati prihvatom.<sup>253</sup>

<sup>250</sup> Suprotno tome Klarić, P./Vedriš, M., op. cit. u bilj. 1, str. 130; isto tako i Perović, S./Stojanović, D., op. cit. u bilj. 1, str. 216. Tako i Gorenc, V., u op. cit. u bilj. 1., str. 371, uz nejasnu opasku da iznimke propisane čl. 266. treba restriktivno tumačiti. V. pobliže pod IV.

<sup>251</sup> Tako sa stajališta njemačkog prava Canaris, C.W., op. cit. u bilj. 1, § 23 IV, Rbr. 51; Canaris, C.W., op. cit. u bilj. 1, FS für Wilburg, str. 82; Canaris, C.W., op. cit. u bilj. 1, GrossKomm, dodatak uz § 362.

<sup>252</sup> V. pobliže pod V.

<sup>253</sup> Canaris, C.W., op. cit. u bilj. 1, § 23 IV, Rbr. 52, i FS Wilburg, op. cit. u bilj. 1, str. 86, kao dobar primjer za to navodi slučaj vezan uz skidanje tračnica, tzv. *Absetzgleisfall*, BGHZ 1, 353. Primjer je na odgovarajući način primjenjiv i na hrvatsko pravo. U tom slučaju tužitelj je raskinuo valjani ugovor o skidanju tračnica te je tuženiku dao novu ponudu za znatno višu cijenu. BGH je tumačio šutnju ponuđenoga kao prihvata uz obrazloženje da je ponuđeni sukladno načelu savjesnosti i poštenja bio dužan bez odgađanja izričito otkloniti dobivenu ponudu. Canaris opravdano kritizira odluku BGH-a zaključu-



Puka šutnja nije očitovanje volje i treba je strogo razgraničiti prema očitovanju volje konkludentnim radnjama. Zaprimanje činidbe bez bilo kakve ograde čest je primjer konkludentnog očitovanja volje pod pretpostavkom da se strana koja je primila činidbu morala ograditi.<sup>254</sup> Nema neke opće obveze da se činidba mora primiti uz jasno očitovanu ogradu. Nema učinka pogodba u ponudi da će se šutnja ponuđenoga ili neko drugo njegovo propuštanje (na primjer ako ne odbije ponudu u određenom roku ili ako poslanu stvar o kojoj mu se nudi ugovor ne vrati u određenom roku i sl.) smatrati prihvatom.<sup>255</sup> Jednostrane fikcije o očitovanju volje ponuđenoga nisu valjane.<sup>256</sup> Ne treba međutim ni u tim slučajevima unaprijed isključiti mogućnost prešutnog sklapanja ugovora ako se ispune za to potrebne pretpostavke. Obvezu primatelja činidbe da se jasno očituje o tome prihvaća li je bez ikakve zadržke moguće je izvoditi samo ako okolnosti pojedinoga slučaja zahtijevaju pooštrenu primjenu standarda poštenja koji se općenito zahtijeva u pravnom i poslovnom prometu. Iako je i tada riječ o posljedicama propuštanja da se bez odgađanja izričito otkloni dobivena ponuda, ovdje obveza da se ogradi od primljene činidbe ima drugu zadaću. Ona je nužna kako bi se određenoj pozitivnoj radnji - primanju činidbe - oduzelo značenje konkludentnog očitovanja volje.<sup>257</sup> Izostane li očitovanje o karakteru primanja činidbe, ponuđeni je tada poslovnopravno obavezan, on, dakle, ne odgovara samo za naknadu štete.<sup>258</sup>

---

jući: sve da je tuženik i dužan bez odgađanja izričito otkloniti dobivenu ponudu, nije jasno zašto BGH nameće tuženiku odgovornost za ispunjenje odnosno zašto tuženikovu šutnju smatra prihvatom. Već na temelju bitnog odudaranja prethodno ugovorene i naknadno ponuđene cijene nije objektivno moguće tuženikovoju šutnji pridati značenje prihvata. BGH se k tome uopće nije osvrnuo na to je li prema okolnostima slučaja šutnju uopće bilo moguće pribrojiti tuženiku. Canaris zastupa bolje stajalište po kojem je u tom slučaju tužitelj prema tuženiku imao zahtjev za naknadu štete na temelju povrede svoje obveze obazrivosti prema tužitelju. U tom slučaju bilo bi, za razliku od rješenja BGH-a, bitno je li tužitelju zbog tuženikove šutnje uopće nastala šteta - primjerice jer je samo tako mogao pribaviti tračnice te ih prerađene dalje isporučiti svojim drugim klijentima. U tom slučaju također bi trebalo ispitati je li i tuženik sam pridonio nastaloj šteti te ako je, u kojem omjeru. Pod okolnostima slučaja jednako bi trebalo suditi i po hrvatskom pravu.

<sup>254</sup> Tako i Canaris, C.W., op. cit. u bilj. 1, § 23 IV, Rbr. 53.

<sup>255</sup> Tako čl. 265. st. 2. ZOO.

<sup>256</sup> Tako za austrijsko pravo Bollenberger, R., op. cit. u bilj. 1, § 863, Rbr. 9.

<sup>257</sup> Tako Canaris, C.W., op. cit. u bilj. 1, § 23 IV, Rbr. 53.

<sup>258</sup> Dobar primjer za to, primjenjiv i na naše pravo, daje njemački *Teilverichtsfall*, BGH NJW 1995, 1281. Slučaj navodi i Canaris, C.W., op. cit. u bilj. 1, § 23 IV, Rbr. 54. Činjenice

slučaja su sljedeće. Klijent koji je zapao u teškoće s otplatom kredita dogovorio se sa svojom bankom da će se ona odreći određenog dijela svojih tražbina ako on preostali iznos kredita u cijelosti otplati do kraja godine. Odredba sporazuma o odricanju banke od određenog dijela njezinih tražbina ovisila je o suglasnosti za to nadležnog internog odbora banke. 22. 12. klijent je obavijestio banku o tome da će svoj dug umanjen za dogovoreni iznos namiriti do 31. 12. Potom je klijent 29. 12. doznačio banci sredstva. Banka je sredstva pripisala klijentovu kontu, ali kredit nije u cijelosti zatvorila jer je interni kreditni odbor banke uskratio suglasnost na odredbu sporazuma o odricanju banke od određenog dijela njezinih tražbina. BGH je odbio tužbeni zahtjev banke za isplatom spomenute razlike do punog iznosa kredita. U obrazloženju presude BGH ističe da je banka prihvatila ponudu klijenta za sklapanjem sporazuma, pa da je shodno tome pristala i na umanjenje ukupnog duga sukladno prethodno vođenim pregovorima, tako što je bez ikakve jasno očitovane zadržke pripisala sredstva klijentovu kontu po kojem su se vodile njihove međusobne tražbine vezane uz sporni kreditni odnos. To je točno jer je klijent očito imao namjeru doznačiti sredstva isključivo radi toga da podmiri sva svoja dugovanja prema banci s naslova spornog kredita. Banka je bila dužna voditi računa o svim okolnostima tog slučaja, a posebno o tome da se s klijentom dogovorila o svim detaljima oko umanjenja ukupnog iznosa kredita uz zadržku naknadne suglasnosti internog kreditnog odbora banke. Ona je stoga sukladno zahtjevima poštenja u pravnom i poslovnom prometu imala pravo zadržati doznačena sredstva samo ako je bila suglasna sa svrhom doznake koju je klijent imao na umu ili da je jasno i bez odgađanja očitovala klijentu svoju volju o tome da mu je spremna povratno doznačiti sredstva sve dok ne dobije suglasnost internog kreditnog odbora. Budući da banka nije bez odgađanja očitovala klijentu volju o tome da je sredstva pripisala njegovu kreditnom kontu sa zadržkom, jasno je da se konkludentno suglasila s klijentovom ponudom o umanjenju ukupnog kredita za sporni iznos.

Canaris, C.W., op. cit. u bilj. 1, § 23 IV, Rbr. 54, s razlogom kritizira olako navučenu općenitu tvrdnju u obrazloženju presude BGH-a, po kojoj u trgovačkom prometu vrijedi načelo da se šutnja smatra prihvatom ako trgovac bez odgađanja izričito ne otkloni dobivenu ponudu iako je to bio dužan učiniti sukladno načelu savjesnosti i poštenja. U ovom slučaju nije riječ o pravnim učincima puke šutnje, nego o prihvatu ugovora pozitivnom radnjom, pripisivanjem bez ikakve zadržke sredstava klijentovu kreditnom kontu, koja su očito bila doznačena radi toga da klijent podmiri sva svoja dugovanja prema banci s naslova spornog kredita. Stvar je jednostavno u tome da je banka propustila osporiti sud, konkluziju o tome da svojom aktivnom radnjom odnosno pripisivanjem sredstava doznake prihvaća klijentovu ponudu o otplati njegova ukupnog duga. Iako je posrijedi opći privatnopravni problem konkludentnog sklapanja ugovora, nije točno da on nema ništa s posebnostima trgovačkoga prometa (tako, međutim, Canaris, C.W., op. cit. u bilj. 1, § 23 IV, Rbr. 54). Stroži standardi pozornosti u trgovačkom prometu moraju se u svakom slučaju uzeti u obzir prilikom tumačenja je li pojedina radnja konkludentno očitovanje volje.

### 5.5. Šutnja kao pravni temelj odgovornosti za ispunjenje sukladno pravilu *non venire contra factum proprium*

Ponuđeni u svakom slučaju krši svoje obveze obazrivosti ako suprotno svojim prijašnjim postupcima ili pak dogovorima koje je već postigao s ponuditeljem naknadno osporava svaki značaj svoje šutnje. Ovisno o okolnostima pojedinog slučaja ponuđeni tada može odgovarati za ispunjenje ili za naknadu štete. Pasivna strana odgovara za ispunjenje ako se druga strana s obzirom na određeno pravno i činjenično stanje imala pravo s povjerenjem pouzdati u sasvim izvjesno značenje šutnje, a kondikcijski ili odštetni zahtjevi nisu u tom slučaju prikladno obeštećenje.<sup>259</sup>

Za to je, i sa stajališta našega prava, posebno ilustrativan njemački *Gewinnverteilungsfall*.<sup>260</sup> Članovi javnog trgovačkog društva u tom su slučaju 25 godina međusobno dijelili dobit društva prema određenom ključu koji nije bio u skladu s odredbama društvenoga ugovora o isplati dobiti. BGH je presudio da se taj ključ treba i nadalje primjenjivati prilikom isplate dobiti usprkos tome što je društveni ugovor javnog trgovačkog društva formalan korporacijski pravni posao pa je shodno tome i za sve njegove naknadne izmjene u načelu potrebna stroga javnobilježnička forma. U obrazloženju presude ističe se da stanje stvari ide u prilog odgovarajuće izmjene društvenog ugovora javnog trgovačkog društva.<sup>261</sup>

## VI. ZAKLJUČAK

Nije nužno da izjava o prihvatu prisprije ponuditelju kako bi došlo do sklapanja ugovora. Odredba čl. 252. st. 1. ZOO ima dispozitivni karakter. Strane ne mogu, međutim, disponirati prihvatom. Ugovora nema bez prihvata. Šutnja iznimno proizvodi dvostranoobvezujuće učinke. Ako se šutnja smatra prihvatom

<sup>259</sup> V. Canaris, C.W., op. cit. u bilj. 1, FS Wilburg, str. 93; op. cit. u bilj. 1, Grosskomm, § 362, dodatak Rbr. 28; op. cit. u bilj. 1, § 23 IV, Rbr. 55.

<sup>260</sup> V. BGH NJW 1966, 826. Slučaj navodi i Canaris, C.W., op. cit. u bilj. 1, § 23 IV, Rbr. 56. V. pobliže o spomenutom slučaju Canaris, C.W., op. cit. u bilj. 1, Vertrauenshaftung, str. 80.

<sup>261</sup> Canaris, C.W., op. cit. u bilj. 1., § 23 IV, Rbr. 56, smatra da je tu posrijedi odgovornost za ispunjenje na temelju dogovora koji su članovi javnoga trgovačkoga društva već postigli (*Erwirkung*).

i onaj tko šuti može se na to pozivati, druga strana ne može samo u svoju korist tumačiti okolnost da je njezin partner šutio.<sup>262</sup>

Poslovna veza pretpostavka je da bi šutnja na dobiveni nalog imala učinak prihvata.<sup>263</sup> Inače bismo se suočili s nepremostivim proturječjem budući da se poslovna veza kao pretpostavka nameće u trgovini robom, ali ne i u poslovima koji počivaju na nalogu. Odredba čl. 3. posljednje novele ZOO-a pozdravlja se kao dobrodošlo pojašnjenje odredbe čl. 265. st. 4. ZOO. Izraz "isto tako" kojim je i prije te novele počinjao čl. 265. st. 4. ZOO trebalo je utoliko dovesti u vezu s prethodnim st. 3. čl. 265. koji neposredno upućuje na poslovnu vezu kad je riječ o trgovini robom. U suprotnome bi ZOO u istim slučajevima rezultirao različitim pravnim posljedicama, što nije prihvatljivo. Po čl. 265. st. 4. ZOO odgovara se za ispunjenje naloga, dok se po čl. 764. odgovara za naknadu negativnog pogodbenog interesa. Naime, čl. 764. ZOO propisuje da tko se bavi obavljanjem tuđih poslova kao zanimanjem, ili se javno nudi za obavljanje tih poslova, dužan je, ako ne želi prihvatiti ponuđeni nalog koji se odnosi na te poslove, o tome bez odgađanja obavijestiti drugu stranu, inače odgovara za štetu koju bi ona pretrpjela zbog toga.

Ne nameće puko pismeno koje se označava kao pisana potvrda primjenu prava, nego pravo određuje kad je u pojedinom slučaju riječ o pisanoj potvrdi na koju treba primijeniti pravilo po kojem se šutnja smatra prihvatom. Institut pisane potvrde rješava problem primatelju pismena pribrojivog neočitovanja volje.<sup>264</sup> Posljedice tog neočitovanja volje ustanovljene su u načelu objektivnim pravom. Odgovornost zbog stvaranja pravnog privida kao korelat važećeg poslovnopravnog koncepta popunjava strukturne praznine obveznih odnosa. Može se stoga reći da je odgovornost na temelju odnosa povjerenja rezidualna kategorija obveznih odnosa.<sup>265</sup> Pravni temelj za primjenu pisane potvrde je čl. 12. ZOO. Utoliko institut pisane potvrde kao trgovački običaj nadopunjuje dispozitivnu odredbu čl. 265. ZOO. Institut pisane potvrde zahtijeva, međutim, širu uporabu tako da se treba primijeniti i na osobe koje nemaju status trgovaca, ali u pravnom i poslovnom prometu nastupaju poput trgovaca. Nije stoga riječ

<sup>262</sup> V. Goldštajn, A., op. cit. u bilj. 1, str. 277.

<sup>263</sup> Tako i Goldštajn, A., op. cit. u bilj. 1, str. 278.

<sup>264</sup> Tako Schmidt, K., op. cit. u bilj. 1, § 19 III 1. d); slično i Flume, W., op. cit. u bilj. 1, § 36/5.

<sup>265</sup> Tako Hopt, K. J. L., sa stajališta njemačkog bankarskog prava, *BankrechtsHandbuch*, Band I, 3, izmijenjeno i dopunjeno izdanje, München, 2007, *Geschäftsbeziehung zwischen Bank und Kunden*, allgemeiner Bankvertrag, § 1, Rbr. 53.

samo o trgovačkom običaju, nego o pravnom institutu čiju objektivnu primjenu nameću shvaćanja pravnog i poslovnog prometa. I odredba čl. 319. st. 2. ZOO za to otvara prostor. Institut pisane potvrde dokazuje trend komercijalizacije građanskog prava i na području običajnog prava.

Dublje pravno-političko opravdanje za objektivnu primjenu instituta pisane potvrde u domaćem pravu najbolje daje učenje o odgovornosti na temelju odnosa povjerenja odnosno o odgovornosti na temelju stvaranja pravnoga privida. Pisanu potvrdu treba tretirati kao pravnu figuru pravnoga poretka. Ona se kao pravno pravilo osamostalila u odnosu prema području trgovačkih običaja. Značenje i učinke neosporene pisane potvrde utvrđuju stoga pobliže pravna književnost i sudska praksa.<sup>266</sup> U svakom slučaju pravni režim pisane potvrde daje se neposredno usporediti sa zakonskim uređenjem iz čl. 265. ZOO koji se, za razliku od pisane potvrde iz zajedničkog izvorišta trgovačkog običajnog prava, razvio u izričitu zakonsku odredbu. Pravni učinci šutnje svode se u konačnici na problem pribrojivosti pravno relevantnih "neočitovalja volje".<sup>267</sup>

Razumije se, međutim, samo po sebi da stvar ne može početi i završiti samo na tome da je ponuđeni odmah dužan otkloniti dobiveni nalog odnosno otkloniti sadržaj pisane potvrde. Pitanje zašto ponuđeni nije odmah otklonio primljeni nalog odnosno sadržaj pisane potvrde ostaje dakako i nadalje bitno. Odgovornost zbog stvaranja pravnog privida nije, međutim, *de lege lata* spojiva s načelom krivnje, a to, primjerice, jasno potvrđuju odredbe čl. 317. ZOO ili čl. 118. ZV.<sup>268</sup> Umjesto odgovornosti po načelu krivnje prikladnije je stoga pri-

<sup>266</sup> V., primjerice, Flume, W., op. cit. u bilj. 1, § 36/6.

<sup>267</sup> O problemu pribrojivosti u pravnoj teoriji v. posebno nadahnut rad Canarisova učitelja Karla Larenza pod čijim je utjecajem lakše razumljiv i Canarisov napor u konstruiranju teorije o odgovornosti na temelju odnosa povjerenja: Larenz, K., *Hegels Zurechnungslehre*, Leipzig, 1927. Na tom tragu bio je još i Binder, J., v. *Philosophie des Rechts*, 1925; *Kants Bedeutung für das deutschen Geistesleben, Beiträge zum Philosophie des deutschen Idealismus*, Bd. 3, svezak 2/8, 1924; *Fichtes Bedeutung für die Gegenwart*, u: *Logos*, Bd. 12, 1923/1924; *Kantismus und Hegelismus in der Rechtsphilosophie*, u: *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, Bd. 20, svezak 2, 1927.

Po mom sudu naš najveći, nažalost uvelike zaboravljeni, autoritet na području teorije prava Mihajlo Lanović najviše se u svom radu oslanjao upravo na Bindera. Možemo samo žaliti zbog predugog raskida s tom pravnom tradicijom i nadati se da ćemo s vremenom i na tom pravnom području, kao i na drugima, nastojati uhvatiti korak s duhom vremena.

<sup>268</sup> Schmidt, K., op. cit. u bilj. 1, § 19 II d ff. Schmidt, K., *Entwicklung zum Haftungszurechnung im Unternehmen*, u: *Karlsruher Forum* 1993, str. 4, smatra da odgovornost po načelu krivnje i po načelu raspodjele rizika nisu međusobno suprotstavljene. Schmidt

mijeniti odgovornost po načelu raspodjele rizika odnosno na odgovarajući način primijeniti pravila o odgovornosti za slučaj s naslova čl. 374. ZOO. Odgovornost po načelu rizika zapravo neutralizira činjenicu da se poduzetniku ne može po načelu krivnje pribrojiti odgovornost za vođenje njegova poduzeća.<sup>269</sup>

Postupovnopravno načelo *non liquet*, po kojem je sudac dužan bezuvjetno riješiti svaki slučaj koji je iznesen na suđenje,<sup>270</sup> postupovnopravni postulat po kojem gram dokaza vrijedi više nego tona jurisprudencije te krilatice da ono što je izgovoreno nestaje, a ono što je zapisano ostaje - *verba manent scripta volant*, pobuđuju snažan dojam o primatu postupovnog prava nad materijalnim pravom. Ta načela i krilatice idu na mlin onima po kojima je civilistički temelj odgovornosti na koncu samo dekor koji, gotovo reda radi, treba zaviti u nepretencioznu sintagmu o sigurnosti pravnog i poslovnog prometa. Postupovnopravna pravila o dokazivanju ne mogu u potpunosti objasniti institut pisane potvrde jer ponajprije materijalno pravo može uspješno objasniti zašto se određena pisana potvrda može uvažiti kao dokaz u parničnom postupku. Pisana potvrda nije, međutim, puko dokazno sredstvo, ona proizvodi i materijalnoppravne učinke. Problem istine u privatnom pravu nije ograničen na problem istine u sudskom procesu jer bi u suprotnom pravo unaprijed moralo priznati da materijalnopravni tretman istine u konačnici nije bitan.<sup>271</sup> Laž je kategorija s kojom nakraj mora izaći i materijalno, a ne samo postupovno parnično pravo. Sudac s tog stajališta nije ni procesualist ni civilist, nego izgrađen čovjek koji je ispekao svoj pravnički zanat.

Studentima prava institut pisane potvrde u pravilu zadaje glavobolje. Krivnju za to snose tzv. školski slučajevi, primjeri nacrtani kao iz slikovnice, probrani tako da nema ni najmanje dvojbe o činjenicama slučaja i ishodu spora.<sup>272</sup> Oni

---

nadalje tvrdi da se u prometu među poduzetnicima prilikom utvrđivanja odgovornosti ne može mehanički primijeniti načelo krivnje jer oni u pravnom i poslovnom prometu ne sudjeluju u pravilu neposredno, individualno, nego preko svoga poduzeća. Schmidt stoga zagovara tezu prema kojoj načelo raspodjele rizika u biti mora usavršiti i prilagoditi načelo krivnje jer je to nužno za utvrđivanje obveznoppravne odgovornosti poduzetnika. Na koncu i Schmidt, dakle, dolazi na Canarisove pozicije.

<sup>269</sup> Schmidt, K., op. cit. u bilj. 1, § 19 II d ee, pogrešno polazi od toga da odgovornost po načelu rizika neutralizira činjenicu da poduzeće nema pravnu sposobnost.

<sup>270</sup> V. pblžiže Lanović, M., Uvod u pravne nauke, 2. izdanje, 1942, Zagreb, str. 219.

<sup>271</sup> O istini u sudskom postupku v. pblžiže Uzelac, A., Istina u sudskom postupku, prilog kritici teorije o "materijalnoj istini", Zagreb, 1992, str. 203.

<sup>272</sup> Tako i za njemačke studente prava Schmidt, K., op. cit. u bilj. 1, § 19 III 6.

kao da utjeruju zaključke, presudu kao konkluziju, u tor. S tih pozicija pravne pastorale lako se obrušiti na učenje o institutu pisane potvrde. Lako se, primjerice, Bydlinskom čudom čuditi kako bi to pošiljatelj mogao uživati pravnu zaštitu s naslova instituta pisane potvrde ako upravo on snosi odgovornost za odstupanja sadržaja pisane potvrde od onoga što je stvarno dogovoreno.<sup>273</sup> Ima pravo Schmidt kad kaže da je to jezik teorije,<sup>274</sup> no nije to bilo kakva teorija, nego teorija zakračunata u neakvoj svojoj kuli bjelokosnoj. Koliko god da se Schmidt skanjivao svoga doktrinarnog ukalupljivanja, civilistička prava književnost dužna je ponuditi poslovnome prometu cjelovit, potpun pogled na problem instituta pisane potvrde. Ništa nije praktičnije od dobre teorije, a institut pisane potvrde dobra je potvrda tog pravila. Privatnopravna književnost je sluškinja suda (*ancila fori*), slično kao što je i njezina blizanka filozofija sluškinja teologije. Sav problem je u tome koliko ozbiljno shvaćamo kategoriju suda. Odgovornost zbog stvaranja pravnog privida zavrjeđuje priliku, neka joj je dade domaća sudska praksa. Institut pisane potvrde može zaživjeti, služiti ponajviše u spornim činjeničnim odnosima iznesenim pred sudove.

### Summary

Petar Miladin \*

### SILENCE AND CONCLUDENT ACTION IN OBLIGATORY RELATIONS

*The provision of Article 3 of the latest amendment to the Law on Obligatory Relations (NN 41/2008) has been considered as a highly welcome clarification of the provision of Article 265, paragraph 4 of the Law on Obligatory Relations. The author criticizes the view which was prevalent until recently according to which any person who carries out orders of another person as part of his or her business activities is obliged to carry out every order received unless the order has been refused immediately. In order to add*

---

<sup>273</sup> Bydlinski, F., op. cit. u bilj. 1, FS Flume, str. 345.

<sup>274</sup> Schmidt, K., op. cit. u bilj. 1, § 19 III 6.

\* Petar Miladin, Ph. D., Assistant Professor, Faculty of Law, University of Zagreb, Trg maršala Tita 14, Zagreb



*silence to the offeree a stronger basis is needed so that a business relationship between the offeror and offeree has to be taken into consideration as an additional prerequisite. Other cases belonging to the indirect area of application of the provision of Article 265 of the Law on Obligatory Relations are discussed where silence should be ascribed to the offeree in spite of the fact that it is not an act of legal manifestation of will in business. The institute of written certificate originating from commercial law is analyzed in detail, which has strongly penetrated traditional civil law under the influence of the trend of commercialization of law of obligations. The doctrine of fiduciary responsibility (Rechtsscheinhaftung) provides the basis for the assertion that silence following a written certificate can impose responsibility for fulfillment.*

*Key words: silence, concludent actions, institute of a written certificate, accountability for establishing legal illusion, additions*

### Zusammenfassung

Petar Miladin \*\*

### SCHWEIGEN UND KONKLUDENTES HANDELN IN SCHULDRECHTSVERHÄLTNISSEN

*Die Bestimmung des § 3 der letzten Novelle zum kroatischen Obligationengesetz (Amtsblatt NN 41/2008) wird als willkommene Klärung der Bestimmung des § 265 Abs. 4 OblG begrüßt. Die bis vor Kurzem herrschende Meinung, eine im Rahmen ihrer Geschäftstätigkeit mit der Ausführung fremder Aufträge befasste Person sei verpflichtet, jeden erhaltenen Auftrag auszuführen, sofern sie ihn nicht sofort abgelehnt hat, wird kritisch beleuchtet. Um dem Annehmenden Schweigen zurechnen zu können, bedarf es dann eines stärkeren Anknüpfungspunktes, weshalb als zusätzliche Voraussetzung auch eine Geschäftsbeziehung zwischen dem Antragenden und dem Annehmenden auferlegt wurde. Es werden weitere zum mittelbaren Anwendungsbereich des § 265 OblG gehörige Fälle behandelt, in denen dem Annehmenden Schweigen zuzurechnen ist, obwohl kein Akt*

---

\*\* Dr. Petar Miladin, Dozent an der Juristischen Fakultät in Zagreb, Trg maršala Tita 14, Zagreb

*im Sinne einer rechtsgeschäftlichen Willenserklärung vorliegt. Das aus dem Handelsrecht hervorgegangene Institut des Bestätigungsschreibens wird einer besonderen Analyse unterzogen, nachdem es aufgrund des Kommerzialisierungstrends beim Schuldrecht auch massiv in das traditionelle Zivilrecht eingedrungen ist. Die Rechtsscheintheorie (Rechtsscheinhaftung) wird als Argumentationsbasis für die Ansicht nahegelegt, das Schweigen auf ein Bestätigungsschreiben könne die Erfüllungshaftung begründen.*

*Schlüsselwörter: Schweigen, konkludentes Handeln, Institut des Bestätigungsschreibens, Rechtsscheinhaftung, Zurechenbarkeit*

